الكتب القانونية

المدخل إلى القانون

الدكتور حسن كيره
أستاذ كرسي القانون المدني
وعميد كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية

الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية





المدخل الى القانون

الدكتور حسن كيره

أستاذ كرسي القانون المدني

وعميد كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية

الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية

١٩٦٩

المراجـــع

نثبت فيما يلى أهم المراجع العامة لهذا الكتاب . أما المراجع الخاصة ، فسوف نثبتها فى موضعها الطبيعى بالنسبة الى كل موضوع من موضوعات الكتاب على حدة .

§ ١ ـــ المراجع العربية

أحمد سلامه ـــ المدخل لدراسة القانون ، ١٩٦٣ .

أحمد صفوت ـــ مقدمة القانون ، ١٩٢٤ .

اسماعيل غانم ـــ محاضرات فى النظرية العامة للحق ، ١٩٥٥ .

برهام محمد عطا الله ـــ مقدمة علم قواعد المعاملات ـــ النظرية المسماة بنظرية الحق ، ١٩٦٧ .

توفيق فـــرج ـــ مذكرات فى المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٦٠ .

جميل الشرقاوى ـــ دروس فى النظرية العامة للحق ، ١٩٥٥ .

ـــ دروس فى أصول القانون : ج ١ ، نظرية القانون ، ج ٢ ، نظرية الحق ، ١٩٦٦ .

حسن كيره ـــ محاضرات فى المدخل للقانون ، ١٩٥٤ .

ـــ أصول القانون ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٩ ـــ ١٩٦٠ .

ـــ الموجز فى المدخل للقانون ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٣ .

ـــ المدخل الى القانون وبخاصة القانون اللبنانى والمصرى ، ١٩٦٧ .

ـــ مبادىء القانون وبخاصة القانون اللبنانى ، ١٩٦٨ .

سليمان مرقس ـــ المدخل للعلوم القانونية ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٢ .

شفيق شحاته — محاضرات فى النظرية العامة للحق ، ١٩٤٩ .

شمس الدين الوكيل — محاضرات فى النظرية العامة للحق ، ١٩٥٤ .

— النظرية العامة للقانون ، ١٩٦٤ .

عبد الحى حجازى — مذكرات فى نظرية الحق ، ١٩٥١ .

— المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ج ١ ، القانون ، ١٩٦٦ .

عبد الرازق السنهورى وحشمت ابو ستيت — أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون ، ١٩٤١ .

عبد الفتاح عبد الباقى — نظرية القانون ، ١٩٥٤ — الطبعة الخامسة ، ١٩٦٦ .

— نظرية الحق ، ١٩٥٧ .

عبد المنعم البدراوى — المدخل للقانون الخاص ، ١٩٥٧ .

— النظرية العامة للقانون ، ١٩٦٠ .

— المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٦٦ .

عبد المنعم فرج الصدة — نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد ، ١٩٥٠ .

— أصول القانون ، ١٩٦٦ .

عدنان القوتلى — الوجيز فى الحقوق المدنية ، الجزء الاول ، ١٩٦٠ .

محمد سامى مدكور — نظرية الحق، ١٩٥٤ .

محمد على أمام — محاضرات فى نظرية القانون ، ١٩٥٤ .

محمد على عرفة — مبادىءالعلوم القانونية ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٦ .

محمد كامل مرسى — شرح القانون المدنى الجديد ، الباب التمهيدى ، ١٩٥٤ .

محمد كامل مرسى وسيد مصطفى — أصول القوانين ، ١٩٢٣ .

محمود جمال الدين زكى — دروس فى نظرية القاعدة القانونية ، ١٩٥٥ .

منصور مصطفى منصور — المدخل للعلوم القانونية ، ج ١ ، نظرية القانون ، ج ٢ ، نظرية الحق ، ١٩٦٢ .

هشام القاسم — المدخل الى علم الحقوق ، ١٩٦٥ .

§ ٢ — المراجع الفرنسية

Beudant (Ch.), le droit individuel et l'Etat, 3e éd., 1920.

Boistel, Cours de philosophie du droit, 2 vol. 1899.

Bonnecase, Introduction à l'étude du droit, 1939.

Capitant, (Henri), Introduction à l'étude du droit civil, 4ème éd., 1921.

Capitant, (H.), Colin et de La Morandière, Cours élémentaire de droit civil français, t. I, 11ème éd., 1947.

Capitant (René), l'impératif juridique, thèse, Paris, 1928.

Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, 1929.

— Le droit subjectif, 1952.

— Théorie générale du droit, 2ème éd., 1953

Darbellay, La règle juridique, 1945.

Del Vecchio, Philosophie du droit, trad. française, 1953.

Demogue, Les notions fondamentales du droit privé, 1909.

Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. I, 3ème éd., 1937.

— Leçons de droit public général, 1926.

Emmanuel, L'idée de droit, 1937.

Le Fur, Les grands problèmes du droit, 1937.

Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2 vol., 1932.

— Science et technique en droit privé positif, 4 vol., 1914 — 1924.

De la Gressaye et Laborde-Lacoste, Introduction générale à l'étude du droit, 1947.

Haesaert, Théorie générale du droit, 1948.

Levy - Ulmann, Eléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques, t. I, la définition du droit, 1917.

Marty et Raynaud, Droit civil, t. I, 1956.

May, Introduction à la science du droit, 1932.

Mazeaud (H. L. et J.), Leçons de droit civil, t. I, 1956.

Pasquier, Introduction à la théorie générale et la philosophie du droit, 3ème éd., 1948.

Picard (Edmond), Le droit pur, 1908.

Réglade, Valeur sociale et concepts juridiques, norme et technique, 1950.

Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, 4ème éd., 1949.

— Le déclin du droit, 1949.

— Les forces créatrices du droit, 1955.

Ripert et Boulanger, Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, t. I, 1956.

Roguin, La science juridique pure, 3 vol., 1923.

Roubier, Théorie générale du droit, 1946.

— Droits subjectifs et situations juridiques, 1963.

٣ — المراجع الانجليزية

Allen, Law in the making, 1946.

Cairns, Legal philosophy from PLATO to HEGEL, 1949.

Friedmann, Legal theory.

Gray, The nature and sources of the Law, 1948.

Vinogradoff, Common-sense in Law, 1943.

مقدمة

١ — اصطلاح القانون وتعدد مدلولاته

الاصل أن اصطلاح « القانون » يطلق لغة على كل قاعدة أو قواعد مطردة يحمل اطرادها معنى الاستمرار والاستقرار والنظام . ولذلك يكثر استعماله بهذا المدلول فى شئون كثيرة مختلفة . فيقال مثلا «قانون الكون»، ويراد به نظام الكون المستقر من دوران الكواكب ومسيرها وتعاقب الليل والنهار فى الارض . ويقال قانون « الجاذبية الارضية » ، ويراد به القاعدة المستقرة التي تقضى بانجذاب الاجسام وسقوطها باطراد الى الارض كلما القيت فى الفضاء . ويقال « قانون العرض والطلب » ، ويراد به القاعدة المستقرة فى الاقتصاد من تأثر الاسعار والاجور باختلال التوازن بين العرض والطلب فى السلع والخدمات .

غير أن اللغة القانونية استحوذت على هذا الاصطلاح ورصدته أساسا للدلالة بوجه عام على مجموع قواعد السلوك الملزمة للافراد فى المجتمع . وبذلك يشمل اصطلاح « القانون » فى هذا المدلول العام كل ما قد يوجد فى الجماعة من قواعد تحكم سلوك الافراد حكما ملزما بقصد اقامة نظام هذه الجماعة . واصطلاح القانون بهذا المدلول هو الذى يعنينا أصلا فى هذا الكتاب .

ولذلك يكون من الواجب بداءة التمييز بين هذا المدلول العام وبين مدلول آخر خاص لهذا الاصطلاح ، اذ كثيرا ما يطلق اصطلاح « القانون » على قواعد قانونية معينة هى التى تصدر عن السلطة التشريعية العادية . فيراد

حينئذ بالقانون التعبير عن التشريع ، ولذلك يقال قانون الشهر العقارى وقانون تنظيم الجامعات وقانون المحاماة ، ويراد بذلك التشريعات التى تحكم هذه المسائل .

ولكن التشريع — كما سيرد البيان — ليس هو المصدر الوحيد الذى يعطى للقواعد القانونية قوتها الملزمة فى العمل ، اى ليس هو المصدر الرسمى الوحيد للقانون بمعناه العام الواسع ، حتى تصدق التسوية بينهما فى الاصطلاح . ولعل أهمية التشريع بين مصادر القانون هى التى بررت الترخص فى اطلاق اصطلاح « القانون » على التشريع ، ويسرت بذلك الخلط بين القانون ذاته كمجموع قواعد السلوك الملزمة للافراد فى المجتمع، وبين أحد مصادره الرسمية الهامة وهو التشريع .

واذا كان مثل هذا الخلط واجب الدفع للتمييز بين هذين المدلولين لاصطلاح « القانون » (١) ، وكان المدلول المقصود اصلا والذى سوف نعنيه فى هذا الكتاب باطلاق هذا الاصطلاح هو المدلول العام الواسع الذى ينصرف الى مجموع قواعد السلوك الملزمة للافراد فى المجتمع ، فيراعى أن هذا الاصطلاح يتولد منه اصطلاح آخر مركب للدلالة على أن هذه القواعد سائدة ومطبقة فعلا فى المجتمع ، هو اصطلاح « القانون الوضعى » (Le droit positif) . وهو اصطلاح يتحدد بالزمان والمكان على السواء ، فيقال « القانون الوضعى المصرى أو الفرنسى الحالى » مثلا ، للدلالة على القانون السائد فى مصر أو فرنسا فى الآونة الحاضرة .

فالمقصود بصفة الوضعية التى تلحق قانون جماعة معينة فى وقت معين ،

---

(١) يراعى أن اللغة القانونية الفرنسية تستعمل اصطلاحين مختلفين للتعبير عن هذين المدلولين ، إذ تعبر عن المدلول العام الواسع باصطلاح (Le Droit) ، وعن المدلول الخاص الضيق باصطلاح (La Loi) .

هو توافر الصفة الايجابية لقواعده عن طريق ما يصحبها ويؤيدها فى التطبيق من اجبار مادى معين تملكه سلطة عامة فى الجماعة (١) .

٢ — تفرع الحقوق عن القانون

اذا كان القانون يتصدى لحكم سلوك الافراد فى المجتمع حكما ملزما ، فانه يعمل — أمام تشابك مصالح الافراد وتعارضها فيما يقوم بينهم من علاقات — على تغليب بعض هذه المصالح على بعض ، ووضع أصحاب المصالح المغلبة فى مركز ممتاز بالنسبة الى غيرهم من الافراد ، بحيث يثبت لهم حقوقا تخولهم الاستئثار بسلطات معينة تلتزم الكافة باحترامها .

فقد يخول لفرد من الافراد الاستئثار بالتسلط على شىء من الاشياء باعطائه حق الملكية عليه ، فيضعه بذلك فى مركز ممتاز على غيره من الافراد بما يثبت له من احتكار التسلط على هذا الشىء ، والتزام الكافة باحترام حقه فى هذا التسلط .

وقد يخول القانون لفرد من الافراد سلطة اقتضاء عمل أو امتناع من جانب شخص آخر يلزم بالخضوع لهذا الاقتضاء ، فيثبت له بذلك حقا قبل هذا الشخص ، يجعله فى مركز ممتاز سواء بالنسبة الى الملتزم بالعمل أو الامتناع لقدرته على اقتضاء الوفاء منه بهذا الالتزام ، أو بالنسبة الى الكافة جميعا لانفراده دونهم قبل الملتزم بمثل هذه القدرة .

---

(١) لعل اللفظ الفرنسى فى هذا الصدد أدق فى التعبير من اللفظ العربى ، اذ لفظ (positif) يعنى فعال أو ايجابى بالمقابلة للفظ (négatif) اى سلبى . أما اللفظ العربى « وضعى » ، فقد يدعو الى الظن بأن القانون الوضعى يقصد به القانون الذى يضعه الناس ويصدر عنهم ، وهو ما يشيع فهمه فى اللغة الجارية التى تجعل القانون الوضعى بهذا المعنى مقابلا للقانون السماوى الذى يضعه الله . ومثل هذا الظن غير صحيح فى الاصطلاح القانونى . فالمقصود بالقانون الوضعى كما سبق البيان ، القانون السائد والمطبق فعلا ، وذلك دون اعتبار لمصدر قواعده . فيعتبر قانونا وضعيا فى جماعة معينة كل ما يطبق فيها من قواعد قانونية ولو كان مصدرها سماويا . وهذا هو ما عليه الحال فى مصر ، حيث يعتبر الدين — وهو مصدر سماوى — المصدر الرسمى لاغلب القواعد التى تحكم مسائل الاحوال الشخصية ، وبذلك تعتبر هذه القواعد الدينية السماوية جزءا من القانون الوضعى المصرى الحالى .

وبذلك تتفرع الحقوق عن القانون . وتلك ظاهرة يمتاز بها القـانون على الاخلاق كما سنرى ، اذ هو لا يقنع كالاخلاق بمجرد فرض التكاليف والواجبات على الافراد ، بل يجاوز ذلك الى تقرير الحقوق لهم وهو ما لاتفعله الاخلاق . وبذلك تحتل الحقوق أهمية كبرى في النظام القانوني .

٣ ــ خطــة الـكتاب

نستهدف في هذا الكتاب الوقوف على الاصول الكلية التى تحكم القانون ، وهو ما يقتضى دراسة القاعدة القانونية فى ذاتها ودراسة ما يتفرع عنها من فكرة الحق . ولكن قد ينبغى التمهيد لذلك بكلمة عامة فى القانون تعرف به وتبين خصائصه وأنواعه .

وبذلك نقسم الكتاب على النحو التالى :

باب تمهيدى ــ فى القانون بوجه عام .

القسم الاول ــ فى النظرية العامة للقاعدة القانونية .

القسم الثانى ــ فى النظرية العامة للحق .

باب تمهيدى
فى القانون بوجه عام

٤ ـــ عرض وتقسيم

ينبغى فى صدد التمهيد لدراسة القانون الوقوف أولا على خصائصـــه الجوهرية التى تميزه عما قد يختلط به من نظم وقواعد أخرى مشابهة .

واذا كان من أهم هذه الخصائص كون قواعد القانون قواعد ملزمة ، الا أن ذلك لا يعنى انعدام سلطان ارادة الافراد فى مخالفة أى منها ، فالارادة تملك مثل هذه المخالفة فى صدد طائفة معينة من القواعد القانونية هى طائفة القواعد المفسرة او المكملة ، دون أن يطعن ذلك فيما لهذه القواعد من قـــوة الزامية باعتبارها قواعد قانونية .

واذا كان القانون يتعرض لموضوعات شتى ويتسع نطاقه لمختلف الروابط والعلاقات بين الاشخاص ، فان ذلك قد اتاح تقسيمه ـــ بحسب هـــذا الاختلاف ـــ الى قسمين كبيرين : القانون العام والقانون الخاص ، يقوم كل منهما على أسس ومبادىء مختلفة ، ويضم تحته أنواعا وفروعا شتى .

لذلك نقسم هذا الباب التمهيدى الى فصول ثلاثة :

الفصل الاول ـــ فى خصائص القانون .

الفصل الثانى ـــ فى مدى سلطان ارادة الافراد ازاء القانون .

الفصل الثالث ـــ فى اقسام القانون وفروعه .

الفصل الأول

خصائص القانون

٥ ـ الحاجة الى القانون

لعل من الحقائق المسلمة التى لم تعد اليوم محل جدل أو خلاف أن الانسان كائن اجتماعى بفطرته وطبيعته لا يستطيع أن يعتزل الناس ليعيش وحيدا لانه أعجز بمفرده عن الكفاء بنفسه أو الوفاء بمختلف حاجاته ، فهو كائن مستطيع بغيره أو على الاصح بالاشتراك مع غيره ، ولذلك يعيش دائما فى مجتمع من الناس . غير أن المجتمع لا يستقيم أمره الا اذا استوى على سنن بينة ينزل الناس جميعا عند حكمها . ذلك أن وجود المجتمع يستتبع حتما وجود علاقات عديدة بين افراده ، علاقات عائلية او اقتصادية أو سياسية ، وهي علاقات لا يمكن أن تترك فوضى ينظمها كل فرد وفق رغبته ومشيئته ، والا حقت قولة الفيلسوف الفرنسى «بسويه» Bossuet : « حيث يملك الكل فعل ما يشاءون ، لا يملك أحد فعل ما يشاء ، وحيث لا سيد فالكل سيد ، وحيث الكل سيد فالكل عبيد (١) » .

وتلك حال لا يتصور أن تكون ، وأن كانت فهى لا تدوم ، اذ ينتهى الامر الى أن يكون الحكم للقوة تقضى فى الضعفاء بما تشاء ... ومن هنا كان لابد للمجتمع من نظام يحكم نشاط الافراد وما يستتبعه بينهم من علاقات ،

---

(١) Bossuet, cité par Chevallier, Les grandes oeuvres politiques de Machiavel à nos jours, 1949, p. 74.

اى من قواعد موضوعة ابتداء يستهدى بها الافراد فى تعرف سلوكهم ويلتزمون أو يلزمون باحترامها ، وهى قواعد تهدف الى إقامة التوازن بين عديد الحريات المتعارضة ومختلف المصالح المتضاربة محققة بذلك النظام والاستقرار والعدل فى المعـــاملات .

٦ — تعريف القانون واستخلاص خصائصه

تلك هى فكرة القانون فى نشأتها وبساطتها : انسان لا يعيش الا فى مجتمع، ومجتمع لا يقوم الا على نظام ، ونظام لا يستوى الا على قواعد آمرة ملزمة يحمل الافراد على طاعتها بما تملك الجماعة من سلطة القهر والاجبار .

فهناك تلازم اذن بين القانون والمجتمع من ناحية ، اذ لا يوجد مجتمع دون قانون ويوجد القانون لاقامة نظام فى المجتمع . وهناك تلازم بين القـــانون والجزاء من ناحية أخرى ، فلا يكفل احترام القانون الا بأخذ الافراد باحترامه جبرا على المخالف منهم ، وهو جبر لا يتاح بشكله المادى المنظم الا لسلطة عليا فى الجماعة يكون لها احتكار القوة المادية واحتباسها بين يديها .

فالقانون اذن هو مجموع القواعد التى تقيم نظم المجتمع فتحكم ســـلوك الافراد وعلاقاتهم فيه ، والتى تناط كفالة احترامها بما تملك السلطة العامة فى المجتمع من قوة الجبر والالزام (١) .

ومن هذا التعريف بالقانون ، يمكن أن نستخلص خصائص جوهرية أربع له : فهو يتضمن أولا قواعد سلوك . وهذه القواعد — ككل القواعد — تتوافر لها صفة العموم والتجريد . وهو يفترض كذلك وجود مجتمع يأتمر أفراده بهذه القواعد ، فقواعده اذن اجتماعية . وهو يتضمن أخيرا جزاء ماديا منظما يكفل احترام هذه القواعد مما يجعلها قواعد ملزمة . فنعرض لكل من هـــذه الخصائص فى مبحث على حدة .

---

(١) أنظر مع ذلك فى مختلف تعريفات القانون ومناقشتها :
Lévy-Ulmann, Eléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques, T. I, La définition du droit, 1917. — Bonnecase, Introduction à l'étude du droit, 3ème éd., 1939, Nos. 1-9. — Haesaert, Théorie générale du droit, 1948, pp. 73-110.

المبحث الاول

القانون مجموعة قواعد سلوك

Règles de conduite

٧ — القواعد التقريرية والقواعد التقويمية

قلنا أن اصلاح « القانون » اذا أطلق فى اللغة الجارية أريد به التعبير عن قاعدة مطردة يحمل اطرادها معنى الاستمرار والاستقرار والنظام . ومن هنا يقال مثلا ، كما رأينا ، قانون الكون ، أو يقال قانون الجاذبية الارضية ، أو يقال أن الماء يخضع لقانون الغليان بمعنى أن تسخينه الىدرجة المائةيؤدى دائما وحتما الى غليانه . والقانون بهذا المعنى انما يضع قاعدة تقريرية،أى قاعدة مقررة للواقع كما هو ، بمقتضاها تتحقق دائما أمثال تلك الظواهر حتميا اذا توافرت اسبابها ومقدماتها ، دون أن يتصور ورود أى استثناء على ذلك . اذ ورود هذا الاستثناء معناه أن القانون خاطىء لم يبصر بالواقع كله بصرا صحيحا شاملا (١) ، ذلك أنه لا يضع قاعدة لما ينبغى أن يكون بل لما هو كائن فعلا ، ومن هنا كان خضوعه للواقع دون خضوع الواقع له .

بينما القانون بالمعنى الذى نقصده من دراستنا انما يضع قواعد سلوك أى قواعد تقويمية لا تقريرية ، لانه يضع قواعد بما ينبغى أن يكون عليه سلوك الافراد فى المجتمع لا قواعد بما عليه فعلا هذا السلوك . وهو يصوغ هذه القواعد وفق مثل وقيم عليا يستهدفها ، ثم يتوجه بها الىالافراد فى صورة أمر او تكليف واجب طاعته بأن يحاذوا مسلكهم عليها . فالواقع هنا — اى سلوك الافراد — هو الذى يخضعللقانون فيعمل على مسايرة قواعده ، وليس القانون هو الذى يخضع للواقع فيسايره بأن يشكل نفسه حسب ما عليه سلوك الافراد فعلا .

ولذلك قلنا أن القانون — على خلاف الظواهرالطبيعية — انما يضع قواعد

(١) Lalande, Lectures sur la philosophie des sciences, No. 94, p. 198.

تقويمية لاتقريرية،لانه لا يقر مثلها الواقع كما هو ، بل يقوم بتقديره وتقويمه وفق المثل التي يستهدفها بما يعين الواجب فى شأنه (١) .

٨ — القانون يفرض السلوك الواجب كأمر أو تكليف

راينا ان القانون — على خلاف قوانين الظواهر الطبيعية — انما يضع قواعد تقويمية أي قواعد بالسلوك الواجب على الافراد . ولكنه لايتوجه بهذه القواعد على سبيل النصح أو الترغيب ، وأنما يفرضها فرضا على سبيل الامر أو التكليف .

وفرض السلوك الواجب كأمر أو تكليف لازمة من لوازم القانون لا يتصور وجوده دونها . لان القانون انما يستهدف اقامة النظام فى المجتمع ، وهو ما يتهدده حتما حمل السلوك الواجب محمل النصح ، اذ يكون للافراد حينئذ حرية مخالفته . من أجل ذلك ، كان القانون دائما قائما بفرض مايراه من سلوك واجب فرضا يحمل معنى الزام الافراد بالخضوع له . وهو فى ذلك يختلف عن الاخلاق التى قد تقوم فى بعض الاحوال — الى جنب ما تفرضه من أوامر وتكاليف — ببيان بعض ما تراه واجبا من سلوك ولكن على سبيل الندب والترغيب للوصول الى سمو نفسى أكمل (٢) .

واذا كان القانون فى جوهره يتضمن تكليفا بالسلوك الواجب ، فان وجود مثل هذا التكليف يكون صريحا واضحا حيث ترد القاعدة القانونية فى صورة الامر أو النهى . غير أن التكليف قد لايتخذ مثل هذه الصورة الواضحة ممايثير الشك فى أمر توافره ، ولكنه متوافر رغم ذلك حتما فى كل قاعدة قانونية .

فقد يخفى التكليف لاول وهلة فى بعض القواعد القانونية المعروفة باسم « القواعد المقررة » Règles dispositives ، وهى التى لا تأمر بشىء أو تنهى عن شىء وانما تقتصر على بيان حكم من الاحكام ، كالقاعدة التى تحدد الموطن بمحل اقامة الشخص المعتادة أو بالمركز الرئيسى لاعماله ، أو تلك التى تثبت اختصاصا معينا لجهة أو هيئة معينة .

---

(١) انظر فى التفرقة بين القانون وقوانين الظواهر الطبيعية :
René Capitant, L'illicite, thèse, Paris, 1928, pp. 1-5 et ss — Dabin, Théorie générale du droit, 1953, No. 43.

(٢) Dabin, op. cit., No. 47.

غير أن هذه القواعد ، وأن كان التكليف فيها غير صريح الصورة ، تتضمن فى الواقع أمرا أو تكليفا الى الكافة أو الى شخص أو هيئة معينـــة باحترام احكامها والتزام سلوك معين فيما يوجد من علاقات أو روابط قانونية . فالقاعدة التى تقرر أن الحيازة فى المنقول سند الحائز ، تتضمن أمرا الى الكافة بالامتناع عن التعرض للحائز حسن النية . والقاعدة التى تقرر أن موطـــن الشخص هو محل اقامته المعتادة تتضمن أمرا الى الكافة بتوجيه الاوراق القضائية مثلا اليه فى هذا المحل . والقاعدة التى تثبت الاختصاص لجهة أو هيئة معينة ، تتضمن تكليفا الى هذه الهيئة بالعمل فى حدود هذا الاختصـــاص وعدم تخطيه ، بما يمنع غيرها من مزاحمتها أو مشاركتها فيه ، وتتضمن كذلك أمرا الى الكافة بالخضوع لهذا الاختصاص والتزام ما يصدر عنه من أوامـــر أو قرارات .

وقد يخفى التكليف كذلك بشأن بعض القواعد القانونية المعروفة باسم « القواعد المفسرة أو المكملة » (Règles interprétatives ou supplétives) وهى التى تسرى فى حال عدم اتفاق الافراد على خلافها . ولكنها تتضـــمن هى الاخرى تكليفا كذلك ، وأن يكن هذا التكليف لا يتوجه الا الى طائفة من الافراد هى تلك التى تنصرف ارادتهم عن مخالفتها (١) .

المبحث الثانى

القانون مجموعة قواعد عامة مجردة

Règles générales et abstraites

٩ ـــ التكليف القانونى تكليف عام مجرد

القانون باعتباره مجموعة قواعد تضع نظاما للمجتمع ، وباعتباره قواعد سلوك أى تكليفا بأمر أو مسلك معين ينبغى اتباعه ، انما يسبق فى وجوده مايواجه من فروض يخضعها لحكمه . ومن هنا لم يكن من المتصور أن يتيسر

---

(١) أنظر فى تفصيل ذلك ما سيرد فى الفصل الثانى من الباب التمهيدى ، وهو الخاص بمدى سلطان ارادة الافراد ازاء القانون .

حصر كل ما قد يعرض فى المستقبل من مختلف الفروض والحالات الفردية غير المتناهية ، ووضع قاعدة آمرة بشأن كل حالة على حدتها ينصرف التكليف فيها الى شخص معين بذاته • فالنظام والاستقرار ــ وهو مايستهدف القانون اقامته ــ يقضى بتحقيق المساواة بين الافراد ، وهذه المساواة لايتيسر اقامتها ابتداء الا على أساس الوضع الغالب فى الحياة الاجتماعية ، وهو مايحتم أن يؤخذ التكليف المتوجه الى الافراد بمعيار موضوعى لا شخصى ، أى يلجأ فيه الى تجريد تكون العبرة فيه بعموم الصفة لا بتخصيص الذات •

فالتكليف الذى يتضمنه القانون اذن لايمكن أن يكون الا تكليفا عاما مجردا يتوجه الى كل من تتوافر فيه صفة بعينها لا الى شخص بعينه ، ويواجه كل واقعة تتوافر فيها شروط معينة لا واقعة معينة بذاتها ، ومن هنا جاء مايتميز به القانون من تواتر التطبيق واطراده كلما توافرت الصفة المطلوبة فى فرد أيا كان أو أجتمعت الشروط المعينة لواقعة أيا كانت •

فالعموم والتجريد اللذان يتميز بهما القانون يصدقان فى حق الاشخاص المخاطبين بما يتضمن من تكليف ، كما يصدقان فى حق الوقائع أو الروابط التى ينصرف الى تنظيمها هذا التكليف • وبعبارة اخرى فالقواعد القانونية تتميز بالعموم والتجريد ــ وهما وجهان لخصيصة واحدة ــ بالنسبة الى أشخاصها والى موضوعها على حد سواء •

والقانون باعتباره تكليفا عاما مجردا لا يستنفده ــ على خلاف التكليف الخاص كما سنرى ــ تطبيق ما على شخص معين أو واقعة معينة ، ولذلك فهو يكتسب صفة الدوام ، بمعنى أنه لايقتصر على الحال بل يمتد كذلك الى الاستقبال ، فيتربص دائما بصفة الشخص أو نوع الواقعة ، وهو ما يتسع لعدد غير محدود أو محصور من الحالات •

فقانون كقانون الخدمة العسكرية ، يضع قاعدة قانونية لان التكليف فيه تكليف عام مجرد يتوجه الى كل من تتوافر فيه فى الحال او الاستقبال صفات معينة تتعلق بالجنس والسن والقدرة البدنية ، بينما لا يعتبر القرار الصادر بدعوة شخص معين للخدمة العسكرية قاعدة قانونية لانه انما يتوجه الى شخص معين بالذات •

والقاعدة التى تنص على أن الخطأ الذى ينتج عنه ضرر الغير يلزم صاحبه بالتعويض هى قاعدة قانونية لانها عامة مجردة تنطبق على كل فعل ضار متى توافرت فيه صفة الخطأ ، بينما الحكم القضائى الصادر بالزام طبيب معين باداء مبلغ ألف جنيه مصرى على سبيل التعويض الى مريض معين ، نتيجة خطئه خطأ جسيما فى العلاج مما ترتب عليه الاضرار بهذا المريض ، لايعد هذا الحكم متضمنا لقاعدة قانونية ، لانه انما يواجه حالة بخصوصها ، فيتوجه بمجرد تكليف خاص لا يخاطب الا فردا معينا بذاته ، هو ذلك الطبيب المقامة عليه الدعوى ٠

والقرار الصادر بتعيين شخص معين فى وظيفة عامة معينة لايضع قاعدة قانونية لانه انما يخص شخصا معينا بالذات ، بينما يضع القانون الخاص بشروط التوظف قواعد قانونية لانه عام لا يواجه ذوات معينة بل صفات مجردة ٠

وليس يعنى أن القانون يضع قاعدة عامة أنه يسرى فى حق الناس كافة ، فهو قد ينصرف الى طائفة محدودة من الناس دون أن يطعن ذلك فيما له من صفة العموم والتجريد، مادامت هذه الطائفة متعينة بصفات من يدخل فيها من أشخاص لا بذواتهم ٠ فقانون السلطة القضائية مثلا يضع قواعد قانونية تسرى على طائفة القضاة وهم طائفة محدودة من الناس ، وهى على رغم ذلك قواعد قانونية بالمعنى الذى أوضحناه لانها تخص كل من تتوافر فيه صفة معينة هى صفة ولاية القضاء ٠

فالعبرة اذن ليست بعدد من تتوجه اليه القاعدة ـ قل أو كثر ـ وانما بصفة من تتوجه اليه ٠ فقد تتوجه القاعدة القانونية الى شخص واحد ورغم ذلك تظل قاعدة عامة مجردة ، لانها تتوجه الى صفة معينة لا الى شخص معين ، كالقواعد الخاصة بتحديد سلطات رئيس الدولة الدستورية التى لا تتوجه الى رئيس معين بذاته ، بل تتوجه الى كل من يشغل فى الحاضر أو المستقبل رئاسة الدولة ٠

وينبنى على ماتقدم أن التكليف العام المجرد الذى يتضمنه القانون يفترق عن

التكليف الخاص الذى يتوجه الى شخص معين بذاته أو يحكم رابطة أو واقعة معينة بذاتها ، والذى يتلاشى وينقضى أثره بتطبيقه على هذا الشخص أو تلك الواقعة ، كما هو الشأن بالنسبة للتكليف الذى يتضمنه حكم قضائى أو أمر ادارى أو عقد من العقود . فهذا التكليف الخاص لايعدو أن يكون أمرا خاصا لايرتفع الى مرتبة القاعدة القانونية لان صفة العموم والتجريد فيه مفقودة ، فهو يتوجه الى شخص معين بذاته لا بصفته ، فيسرى فى حقه وحده دون غيره من الناس ، أو يحكم واقعة معينة بذاتها ، فينطبق عليها وحدها دون غيرها من الوقائع .

ومن هنا ، فالقول بأن فى هذا التكليف الخاص قاعدة قانونية فردية ــ كما يذهب الى ذلك بعض فقهاء القانون العام خاصة (١) ــ لايمكن التسليم به . فالقاعدة بطبيعتها عامة ، وهذه القواعد الفردية المدعاة ــ فضلا عن ذلك ــ لا تعدو أن تكون تطبيقا لقاعدة قانونية سابقة تتصف بصفة العموم والتجريد ، فلا حاجة ــ مع وجودها ــ الى اسباغ صفة القاعدة القانونية على ما قد يكون لها من تطبيق فردى أو شخصى(٢) .

---

(١) Alibert, Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir, 1926, p. 259. — René Capitant, thèse précitée, pp. 58 - 60, 153 - 156.

(٢) أنظر فى مناقشة ورفض القول بوجود قواعد قانونية فردية :

Dabin, op. cit., Nos. 56, 57. — Marty et Raynaud, Droit civil, t. 1, 1956, No. 123.

وكتابنا « أصول القانون » ، ١٩٥٩ / ١٩٦٠ ، فقرة ١٠ ص ٢٩ و ٣٠ .

المبحث الثالث

القانون مجموعة قواعد اجتماعية

Règles sociales

١٠ ــ بيئـــة القانون الاجتماعية(١)

قلنا ان القانون يضع قواعد سلوك يأتمر بها الافراد • والافراد ــ كما رأينا ــ لايمكن أن يعيشوا الا فى مجتمع ، فكأن القانون اذن انما يفترض وجود بيئـــة اجتماعية .

والمقصود بالمجتمع أو البيئة الاجتماعية هنا ، ليس تجمع أفراد من الناس ــ قلوا أو كثروا ــ فى بقعة من الارض معينة ، دون هـــدف واحد يربطهم ويجمع بينهم وانما هو شركة يجمع أعضاءها التضامن لتحقيق ما بينهم من صالح مشترك • ولا مناص لهذا المجتمع من أن يكون له نظام تتولى قواعده تحديد التعاون بين الشركاء وكفالة دوامه لتحقيق الغاية المشتركة • وهو مايقتضى وجودسلطة تكون لها السيادة علىأفراد المجتمع بما يمكنها من فرض كلمة القانون • ولذلك فالقانون يوجد فى مجتمع سياسى منظم يخضع أفراده لسيادة سلطة عامة تملك عليهم حق الجبر والقهر •

ولئن كانت الدولة هى الشكل الواضح اليوم لمثل هذا المجتمع السياسى المنظم ، الا أن ذلك لا يعنى أن الدولة هى الشكل الوحيد لبيئة القانون ، فقد يوجد القانون فى مجتمع لا تتوافر له عناصر الدولة أو شكلها ، ما دامت ثمة سلطة تمتلك حق السيادة والاجبار فيه • ولذلك كان القانون أسبق فى الوجود تاريخيا من الدولة ، ولم يصل الى بيئتها حيث التنظيم السياسى الكامل الا بعد أن مر طوال أحقاب طويلة ببيئات مختلفة تتدرج نحو هذا التنظيم • فقد بدأ

(١) أنظر فى ذلك :

Réglade, Valeur sociale et concepts juridiques, normes et technique, 1950, p. 49, — Roubier, Théorie générale du droit, 1946, pp. 23, 24. — Del Vecchio, Philosophie du droit, 1953, pp. 346 - 377.

المجتمع فى نطاق محدود هو الاسرة البدائية أو القبلية فى القديم ، ثم تطور الى الاقطاعية فى العصور الوسطى ، وانتهى فى عصرنا هذا الى أن ينحصر فى الوطن أو الدولة ، ولعل هذه المرحلة ليست نهاية مراحله ، اذ يبقى أن يكون العالم مجتمعا واحدا ·

واذا كان القانون ينشأ فى بيئة اجتماعية ، فانه لابد متأثر بها متطور معها فى تقدمها ، ولذلك كان اختلافه من بيئة الى أخرى بحسب اختلاف الظروف والحياة فيها ·

١١ ـ القانون والعلوم الاجتماعية

القانون ، بوصفه مجموعة قواعد تستهدف اقامة نظام اجتماعى عن طريق حكم سلوك الافراد فى المجتمع ، يدخل فى نطاق العلوم الاجتماعية · ومن هنا ، كانت صلاته بها واعتماده عليها فى اقامة قواعده ·

فهو يتصل بعلم السياسة حين يضع قواعد النظام السياسى فى المجتمع ، فيحدد شكل الحكم وتوزع السلطات العامة وتعاونها ·

وهو يتصل بعلم الاجتماع ، اذ يعتمد عليه فى تعرف الحقائق الاجتماعية كما هى حية فى المجتمع ، ولذلك كان القانون مدينا لعلم الاجتماع بكثير من المواد الاولية التى يصوغ منها نسيجه ·

وهو يتصل بالتاريخ ليقف على الانظمة القانونية السابقة ومدى نجاحها العملى فى التطبيق ، فيستهدى فى وضع قواعده بمثل هذه التجارب التاريخية النافعة ·

وهو يتصل بالاقتصاد السياسى حين يعرض لتنظيم الروابط الاقتصادية المختلفة · والتأثر المتبادل بينهما وثيق كما سنرى ، حيث نجد فى مقابلة فكرة العدل الخاص أو النزعة الفردية فى القانون مذهب « الاقتصاد الحر » ، وفى مقابلة فكرة العدل العام أو النزعة الاجتماعية فى القانون مذهب « الاقتصاد المدار » وبذلك يتراوح الامر فى القانون وفى الاقتصاد السياسى بين مبدأ حرية

الفرد ومبدأ سيطرة الجماعة · واذا كان القانون يعتمد على كثير من العوامل الاقتصادية ، فان ذلك لا يعنى أنه محكوم بالاقتصاد وحده ، فسنرى أن الاقتصاد ليس الا مجرد عامل ضمن عوامل أخرى كثيرة تدخل فى تكوين القانون (١) ·

١٢ — القانون وقواعد السلوك الاجتماعية الاخرى

القانون باعتباره مقيما لنظام اجتماعى يتغلغل فى الحياة الاجتماعية ويوغل فيها حتى يكاد ينبسط نطاقه على أكثر مظاهرها ومعالمها ، به أنه ماثل حاضر فى أكثر مظاهر النشاط اليومى بحكم ما يصدر عنها من تصرفات تبدو مع التكرار آلية كشراء الجرائد والحاجات المنزلية وهو ما يكون بيعا ، وكركوب الترام والاختلاف الى دور السينما وهو ما يكون ايجارا .

غير أن القانون وأن كان يسيطر على أكثر مظاهر الحياة الاجتماعية ، فليست قواعده بالوحيدة — وان تكن فى الطليعة — بين القواعد التى تنظم الحياة فى المجتمع ، مما يقتضى التمييز بينها بوضوح على النحو التالى :

(١) القانون وقواعد العادات والمجاملات

توجد فى كل مجتمع قواعد يتواضع الناس على اتباعها فى علاقاتهم وصلاتهم اليومية ، أو يجرى بها التقليد بينهم فى مظهرهم وملبسهم · فثم قواعد تقضى بها المجاملات ويحتمها حسن التهذيب والتمدين ، كالسلام والتحية عند اللقاء ، والعزاء والمواساة فى الكوارث أو الموت ، والتهنئة فى الخير · وثم قواعد تقضى بها العادات والتقاليد فى شأن الملبس أو المظهر ، تتفاوت وتختلف باختلاف المناسبات ، وباختلاف الافراد الى رجال ونساء ·

فكل هذه القواعد وأمثالها قواعد يأتمر بها سلوك الافراد فى المجتمع بل ويعدها هؤلاء الافراد ملزمة لهم بحيث يستنكرون الخروج عليها ، ومن هنا كانت هذه القواعد قواعد اجتماعية يقوم على كفالة احترامها جزاء معين وهو استنكار الناس ·

---

(١) أنظر ما سيرد بعد عند الكلام فى العنصر الواقعى فى تكوين القاعدة القانونية .

ولذلك قد يقال ان الاختلاف فى الجزاء يصلح معيارا للتفرقة بين قواعد القانون وقواعد المجاملات والتقاليد ، اذ بينما يقتصر الجزاء فى الثانية على مجرد استنكار الناس ، يكون الجزاء فى الاولى هو ذلك الاجبار الذى تحتكر السلطة العامة فى الجماعة حق توقيعه على المخالف · ولكن يبقى التساؤل عن سبب هذا الاختلاف فى الجزاء . وليس يصلح القول برد ذلك الى اختلاف الموضوع بين هذين النوعين من القواعد اذ لا توجد حدود منضبطة تفصل بين موضوعيهما ، فهمـــا متداخلان متشـــابكان . ولذلك لا يكون من العســـير أو الغريب تحول بعض قواعد المجاملات والتقاليد الى قواعد قانونية . فمن المتصور تدخل القانون ليفرض زيا معينا على الناس ، أو ليأمر باطلاق اللحى أو حلقها أو باطالة أثواب النساء أو تقصيرها .

فما هو المعيار الذى يمكن الاعتماد عليه اذن للتفرقة بين قواعد القانون وبين قواعد المجاملات والتقاليد ؟ · لعل خير معيار فى هذا الصدد هو تفاوت المصالح ـ الذى يقوم على أساس تحقيقها هذان النوعان من القواعد ـ فى قدرها وأهميتها للنظام والاستقرار فى المجتمع . فالقيم التى تعمل على اقرارها قواعد العادات والتقاليد والمجاملات أضعف أثرا فى اقامة النظام الاجتماعى من تلك التى يعمل القانون على اقرارها ، ولذلك لا تحتاج كفالتها الى اجبار مادى جماعى بل يكفى فى شأنها مجرد الاستنكار العام · (١)

(٢) القانون والاخلاق (٢) :

اذا كان القانون والاخلاق لم تتحد معالم التفرقة بينهما بشكل واضح الا منذ

---

(١) أنظر :
Esmein (R.), La place du droit dans la vie sociale, dans l'ouvrage collectif d'introduction à l'étude du droit, t. I, 1951, pp. 111 - 113.

(٢) راجع فى ذلك بصفة خاصة :
Roubier, op. cit., No. 5, pp. 38 - 42 — Réglade, op. cit., pp. 43 - 52 — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 37 — Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, Nos. 14 - 18, 206, 208. — Draghicescu, Droit, morale et religion, Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1932, Nos. 1 - 2, pp. 229 - 245. — Le Fur, Les caractères essentiels de droit en comparaison avec les autres règles de la vie sociale, Arch. de phil. du droit, 1935, Nos. 3 - 4, pp. 7 - 27. — Esmein, article précité, pp. 119 - 127.
وكتابنا « أصول القانون » فقرة ١٦ ، ص ٣٧ — ٤٦ .

القرن الثامن عشر (١) ، الا أن هذه التفرقة المستقرة اليوم ما زالت تختلف اليها السبل وتتباين بشأنها المعايير • وقد يتيح لنا الوقوف عند مايمز القانون من كونه يستهدف اقامة نظام اجتماعى ، سبيلا الى اقامة التفرقة بينهما على اساس سليم •

١ — **نطاق القانون والاخلاق** : اذا كانت التفرقة مستقرة اليوم بين القانون والاخلاق ، فان القانون مع ذلك يلتقى مع الاخلاق فى كثير من قواعدها ، كتلك التى تحرم الاعتداء على النفس أو المال أو العرض ، أو التى تدعو الى الوفاء بالعهود ، أو التى تحرم الاثراء بغير سبب مشروع • ولكن دون أن يجر هذا الالتقاء الى اختلاط القانون بالاخلاق ، اذ يظل لكل منهما نطاقه وغايته •

فكثيرا ما ينسبط سلطان القانون على ما تنفض الاخلاق يدها منه لأنه مما تقتضيه ضرورات الحياة فى الجماعة دون أن يثير مسألة أخلاقية ، كتنظيم المرور فى الطرق العامة ، وتحديد مواعيد للطعن فى الاحكام ، واشتراط الرسمية فى بعض التصرفات ، فهذه أمور تنظيمية بحتة تحتمها فكرة النفع الاجتماعى . ويقابل ذلك أن القانون يقصر بدوره عن تناول كل ما تقضى به الاخلاق ، فهو لايهتم فى الاصل بما قد تأمر به من بعض الفضائل كالصدق والشجاعة والشهامة والترفع عن الزلفى والنفاق •

وبذلك يتضح أن النطاق ، اذا كان يتداخل بين القانون والاخلاق حينا ، الا أنه يتباعد أحيانا : فهو تارة ينبسط فى القانون عنه فى الاخلاق ، وتارة أخرى يتسع فى الاخلاق عنه فى **القانون** •

٢ — **معيار التفرقة بين القانون والاخلاق** : اذا كانت التفرقة مسلمة اليوم بين القانون والاخلاق ، فان ذلك لم يمنع الفلاسفة والفقهاء من الاختلاف حول معيارها اختلافا كبيرا •

---

(١) أنظر فى تاريخ التفرقة بين القانون والاخلاق :
Del Vecchio, Philosophie de droit, 1953, pp. 272 - 275. — Roubier, op. cit., No. 5, pp. 32 - 38.
وكتابنا سالف الذكر ، هامش « ٢ » ص ٣٧ و ٣٨ •

فبعض الفقهاء يرون هذا المعيار فى اقتصار الاخلاق على حكم الحياة الباطنة فى الضمير التى مازالت فى النفس مجرد مقاصد ونوايا لم تخرج الى الوجود بعد فى صورة أفعال ، واقتصار القانون على المحسوس من الافعال دون الوقوف عند ما يستتر وراءها فى الضمير من دوافع خفية (١) .

ولكن الواقع أن الاخلاق ، وان كانت تعنى فى الاصل بمحض المقاصد والنوايا الباطنة ، فهى لا تقتصر على ذلك ، بل تمتد أيضا الى كثير من الافعال الخارجية المحسوسة . وآية ذلك أن الاخلاق لا تقتصر على بيان واجبات الفرد قبل ربه وواجباته قبل نفسه فحسب، ولكنها تجاوز ذلك الى بيان واجباته قبل غيره من الافراد (٢) ، وهو ما يتناول عالم النية وعالم المحسوس من الافعال على حد سواء . وكذلك القانون ، فانه ان كان فى الاصل يحكم مايخرج الى الوجود من أفعال ، فهو لايغفل عما يستخفى وراء هذه الافعال فى النفس من دوافع (٣) ، وفى نظرية التعسف فى استعمال الحق وفى سبب الالتزام والعقد خير دليل على ذلك . فالمالك الذى يقيم على حدود ملكه سورا يرتفع ارتفاعا شاهقا يحجب الضوء والهواء عن مالك الجار يؤمر بهدم السور الى الحد المعقول اذا ثبت أن نية الاضرار عنده قرينة على تعسفه فى استعمال حقه فى الملكية . واستئجار منزل بقصد ادارته للدعارة يبطل الايجار ، لان الباعث على التعاقد أمر مخالف للاداب مما يصبح معه سبب العقد غير مشروع .

ويرجع فقهاء آخرون مناط التفرقة بين القانون والاخلاق الى الجزاء(٤) ، فبينما تكفل السلطة العامة احترام القواعد القانونية بما لديها من وسائل مادية

---

(١) أنظر فى ذلك :

Kant, voir Roubier, op. cit., pp. 35, 36. — Cornil, Le droit privé, 1924, p. 5.

(٢) وقد أريد الاستناد الى ذلك لمقابلة القانون بالاخلاق والقول باقتصاره على بيان واجبات الفرد نحو غيره من الافراد فحسب دون عناية ببيان واجباته نحو ربه أو نحو نفسه . ولكن هذا القول لا يصدق على اطلاقه ، فبعض القوانين تعاقب على الالحاد ، وبعضها يعاقب على الشروع فى الانتحار (فى هذا المعنى : Marty et Raynaud, op. cit., Nos. 31, 37.)

(٣) فى هذا المعنى :

R. Capitant, thèse précitée, pp. 189, 190. — Roubier, op. cit., pp. 35, 36. — Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, No. 49, pp. 200 - 204.

(٤) Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. I, 3ème éd., No. 68, pp. 92 - 94.

للاجبار والالزام لا تجد القواعد الاخلاقية من جزاء على خرقها الا مجرد تأنيب الضمير أو استنكار الناس ٠

والحق أن الجزاء كما قالوا مختلف فى القانون عنه فى الاخلاق ، ولكنه لايفى بمفرده كمعيار فاضل للتفرقة بينهما ، اذ يبقى التساؤل عن مبعث هذا الاختلاف فى الجزاء ٠ والواقع أن اختلاف الجزاء ليس الا وليد اختلاف فى الغاية والهدف بين القانون والاخلاق ٠ فغاية الاخلاق مثالية هى السمو بالانسان ، وغاية القانون واقعية نفعية هى اقامة نظام فى المجتمع ٠ ولذلك كانت قواعد الاخلاق منبعثة من الضمير ومتوجهة الى الفرد بقصد تطهير النفس والعروج بها الى مراقى السمو والكمال الانسانى ٠ وكانت قواعد القانون متوجهة الى الفرد بقصد تحقيق صالح الجماعة ، ذلك الصالح المشترك الذى يربط بين افرادها ويقوم عليه نظامها .

فالاخلاق اذن انما تضع من القواعد مايحدد قيمة سلوك الشخص بالنظر الى ذاته ، أى بالنظر الى عواقب هذا السلوك وآثاره بالنسبة الى الشخص ذاته من حيث الارتفاع بالنفس عنده الى ما ينبغى لها من سمو وكمال يحقق خيرها وأمنها الداخلى ٠ أما القانون ، فلا يضع من القواعد الا مايحدد قيمة سلوك الشخص بالنظر الى المجتمع ، أىبالنظر الىعواقب هذا السلوك وآثاره بالنسبة الى المجتمع نفسه من حيث تحقيق صالح هذا المجتمع ونفعه وأمنه ٠

ومن هنا كان قيام الاخلاق على أساس تحقيق قيم شخصية كمالية ، وقيام القانون على أساس تحقيق قيم اجتماعية نفعية (١) ٠ وبذلك فالاخلاق انما تخضع الفرد لضميره فى تطلعه الدائم الى السمو والكمال ، بينما القانون يخضع الفرد للجماعة فى سعيها الحثيث الى تحقيق صالحها واقامة النظام

---

(١) أنظر فى هذا المعنى :

Roubier ,op. cit., No. 5, p. 39. — R. Capitant, thèse précitée, pp. 172 - 185. — Le Fur, article précité, p. 25. — Réglade. op. cit., pp. 44 - 46.

والاستقرار فيها · ومن هنا كان مايقال من أن القانون هو نظام اجتماعى ، والاخلاق هى نظام فردى أو شخصى (١) ·

والنظامان ـ وان كانا يختلطان فى الظاهر ـ الا انهما يفترقان فى الواقع ، حتى فى الصورة التى يجمعان فيها على قواعد واحدة · فكل من الاخلاق والقانون يحرم القتل مثلا ، ولكن لكل منهما هدفا متباينا من وراء هـذا التحريم ، فالقانون انما ينظر الى عواقب القتل الاجتماعية وما لها من أثر وخيم فى أمن المجتمع واستقراره ، بينما تنظر الاخلاق الى ما تنحدر اليه نفس القاتل من درك سحيق فى الشر وانغماس فى الرذيلة · فالقانون حين يحرم القتـل اذن انمـا يحرمه باعتباره حارس المجتمع من كل ما يخـل بأمنه واستقراره ، بينما الاخلاق حين تحرمه انما تحرمه باعتبارها حارسة الفرد ضد ما تحدثه به النفس من شر وخطيئة . فمحكمة الاخلاق اذن هى محكمة الضمير حيث تدور معركة الخير والشر فى ذاته ، ومحكمة القانون هى محكمة المجتمع حيث يصطرع النفع والضر الاجتماعى ·

٣ ـ آثار اختلاف الغاية بين القانون والاخلاق : اذا كان القانون والاخلاق يختلفان هذا الاختلاف الجوهرى فى الغاية ، فان هذا الاختلاف لابد مستتبع افتراقا كبيرا بينهما فى الاثار ·

فاختلاف الغاية بين القانون والاخلاق ، يؤدى الى اختلافهما فى النطاق اذ يمتد القانون ـ كما سبق البيـان ـ الى ما لا يدخل بطبيعته فى غاية الاخـلاق حيث لا تعرض مشكلة ضمير ، وينفض القانون يده مما قد يدخل فى غاية الاخلاق من تطلب الاستزادة من الخير والفضل النفسى ·

واختلاف الغاية بين القانون والاخلاق ، يستتبع كذلك اختلافهما فى بعض ما تفرضان ـ لنفس الحالات ـ من قواعد السلوك · ذلك أن القانون ـ وهو يهدف

---

(١) ولذلك يعبر بعض الفقهاء بحق عن ذلك بقولهم ان القانون انما يستهدف تحقيق العدل ، بينما تستهدف الاخلاق تحقيق الخير أو الرحمة والاحسان R. Capitant, thèse précitée), p. 174, notes 1 et 2. — Mazeaud, Leçons de droit civil, t. I, 1956, No. 14, pp. '23, 24.

الى تحقيق العدل على أساس من اشاعة الاستقرار والامن والنظام فى الجماعة ـ يضطر الى النزول فى سبيل ذلك عن بعض القواعد والمثل الاخلاقية (١) ، كما يفعل حين يحمى الحيازة حتى فى مواجهة المالك الاصلى ، وحين يرخص للمدين فى الامتناع عن الوفاء اذا تقادم الدين ، وحين يحمى المجرم من القصاص اذا تقادمت الجريمة أو العقوبة ، وحين يبيح الاقراض بفائدة ·

ويكون طبيعيا كذلك أن يختلف القانون والاخلاق فى الجزاء ما داما يختلفان فى الغاية · فينحصر جزاء الاخلاق فى تأنيب ضمير المخالف لها أو فى الخوف من استنكار ضمائر الاخرين لمخالفته ، وينحصر جزاء القانون فى الاجبار الجماعى الذى تتكفل السلطة العامة فى الجماعة باعلانه وانفاذه بما يتجمع لديها من قوى ووسائل قاهرة . فقواعد الاخلاق ، ما دام مقصودا بها السمو النفسى لدى الفرد أو الشخص ، يكون الجزاء على مخالفتها من نفس الطبيعة النفسية الشخصية شعورا بالحطة والضعة والتأنيب · أما قواعد القانون ، فلكون القصد منها اقامة نظام للحياة فى الجماعة ، لا يتصور أن تبقى مخالفتها ـ وهى تعرض هذا النظام للخطر ـ دون جزاء جماعى مجبر يكفل احترامه وبقاءه (٢) ·

ويكون طبيعيا فضلا عن ذلك ، والغاية مختلفة بين القانون والاخلاق ، أن تقتصر الاخلاق ـ وهى قواعد فردية للكمال تنبعث من ضمير الشخص الى نفسه ـ على مجرد بيان الواجبات دون مجاوزة ذلك الى تقرير الحقوق : فهى اذا كانت مثلا تضع على القادرين واجب مساعدة المحتاجين ، لا تنشىء بذلك للمحتاجين حقا فى العون قبل القادرين · بينما القانون يعمد ـ فوق بيانه الواجبات ـ الى تقرير الحقوق · فهو ان كان يجعل العقد شريعة المتعاقدين

---

(١) فى هذا المعنى :
Ripert, Les forces créatrices du droit, No. 69, pp. 172. — Roubier op. cit., No. 5, pp. 40, 41.

(٢) فى هذا المعنى :
Roubier, op. cit., No. 5, pp. 39, 40.

ويوجب الوفاء بما يتضمن العقد من التزامات ، انما يقرر بذلك للدائن الحق فى اقتضاء المدين هذا الوفاء . وهو ان كان يوجب عدم الاضرار بالغير عن خطأ ويقرر بذلك مسؤولية مرتكب الخطأ ، فانما يجعل فى مقابل هذا الواجب حقا للمضرور فى التعويض قبل من وقع منه الضرر .

٤ — **مدى تأثر القانون بالاخلاق** : اذا كان القانون يختلف اختلافا جوهريا عن الاخلاق فى الغاية مما يجر وراءه اختلافات أخرى كثيرة بينهما ، فان ذلك لا يعنى أن القانون منقطع الصلة بتاتا بالاخلاق . فذلك نظر متطرف غير مقبول ، لا يقل عنه تطرفا النظر العكسى الى القانون باعتباره محكوما حكما تاما بالاخلاق . ولا يعنى هذا النظر الاخير أن كل قواعد القانون الوضعى قد أصبحت موافقة لما تقضى به الاخلاق ، فان الاخلاق فى صراع دائم مستمر مع كثير من العوامل الاجتماعية الاخرى على التسلل الى القانون لتوجيهه وحكمه ، والغلبة النهائية لابد مكتوبة للاخلاق ، طالما يفتقد القانون الأساس المثالى ، وطالما يوجد رجال يؤمنون ويكافحون فى سبيل سيادة المثل الاخلاقية (١) . وهذا يفسر كثرة القواعد والنظريات الاخلاقية التى توصلت أخيرا الى الدخول فى رحاب القانون ، مثل نظرية التعسف فى استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة .

ولكن الواقع أن أثر الاخلاق اذا كان غير منكور على القانون ، فلا تجب المبالغة فى التضخيم منشأنه ، اذ ماهو الا عامل واحد من ضمن جملة عوامل أخرى يتأثر بها القانون فىتكوينه . وأثر الاخلاق لابدمحدود فى نطاق القانون أمام اختلاف الغاية بينهما ، مما لا يتصور معه بالتالى خضـــوع القانون خضوعا تاما للاخلاق . واذا كان القانون الحديث يأخذ بقواعد ونظريات لها أصول من الاخلاق ، فانذلك لايعنى اصطباغ القانون بصبغة اخلاقية . فهو لا يعتد فى تقرير هذه القواعد والنظريات بما تضع من مثل أخلاقية تمثل السمو

---

(١) Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, Nos. 14, 15, 208.

والكمال النفسى للفرد ، اذ ليست هذه غايته ، ولكنه يقررها لما تمثل من نفع للمجتمع بما تشيع فيه من عدل ونظام ٠

غير ان استقلال القانون عن الاخلاق وعدم اختلاطه بها ، لا ينفى تأثره بها فى بعض الاحيان ، حين لا تجد الجماعة مناصا ـ لتماسك نظامها ـ من استلزام قدر معين من الاصول الاخلاقية ، كما هو الشأن فى فكرة « الاداب » (١) les bonnes moeurs التى يحيطها القانون بحماية كبيرة ، فيفرض احترامها والتزام مضمونها على الافراد ٠

المبحث الرابع

القانون مجموعة قواعد ملزمة مكفولة باجبار مادى جماعي (٢)

١٣ ــ فكرة الجزاء أو الاجبار القانونى

قلنا ان القانون يهدف الى اقامة نظام فى المجتمع عن طريق وضع قواعد سلوك تتوجه الى الافراد ٠ ولكن لما كانت مخالفة هذه القواعد أمرا متصورا ـ على خلاف الحال فىالقوانين والنواميس الطبيعية ـ لما للافراد من ارادة حرة تمكنهم من سلوكطريق الطاعة أوطريق المخالفة ، تعين فرض جزاء مادى يرصد على كفالة احترام هذه القواعد ، حتى يستقيم نظام الجماعة ويستقر حكم العدل فيها ٠ وليس يتأتى تحقيق ذلك عملا عن طريق اعطاء كل فرد الحق فى تقويم مخالفة الاخرين لحكم القانون بنفسه ، فهذا أيسر الطرق الىسيادة الفوضى ، وشيوع الادعاء والتحكم ، والقضاء على القانون منحيث يراد تأكيد سلطانه ٠ منأجل ذلكتحتم الضرورة وجود سلطة عامة مختصة فى الجماعة يعهد اليها بكفالة احترام القانون ، عن طريق احتكار حق توقيع الجزاء بما يجتمع لها من قوى مادية قاهرة يستعصى على الافراد مقاومتها .

---

(١) أنظر فى تفصيل هذه الفكرة ما سيرد فى الفصل الثانى من هذا الباب .

(٢) أنظر فى هذا الموضوع بخاصة :

Roubier ,op. cit., No. 4, pp. 25 - 32. — Dabin, op. cit., No. 22 - 35. — Del Vecchio, op. cit., pp. 295 - 301. — Réglade, op. cit., pp. 108 - 112. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 34.

وكذلك كتابنا سالف الذكر ، فقرات ١٧ — ١٩ ، ص ٤٦ — ٥٤ .

فالذى تعنيه فكرة الجزاء اذن هو امكان حمل الافراد جبرا على طاعة القواعد القانونية ان لم يطيعوها اختيارا ، وهو ما يعطى للجزاء صفة رادعة تؤكد سلطان القانون . ولذلك يحسن التعبير عن الجزاء القانونى باصطلاح « الاجبار » (La contrainte) (١) ، الذى يفصح عن صفته الحالة المادية المنظمة التى تثبت له نتيجة قيام سلطة عامة فى الجماعة بقهر الارادات العاصية عن طريق القوة المادية(٢) ، ويتيح بذلك فصله عن الجزاء الدينى الذى توقعه القدرة الالهية فى الاخرة ، وعن الجزاء الاخلاقى الذى ينحصر فى تأنيب الضمير واستنكار الناس .

فالاجبار الذى يصحب القواعد القانونية يتميز اذن بأنه مادى محسوس أى بأنه خارجى ظاهر ، وبأنه دنيوى يوقع فى الحياة الدنيا لا فى الاخرة . ويتميز كذلك بأنه اجبار منظم تتولى سلطة عامة مختصة توقيعه باسم الجماعة ، وهى عادة السلطة التنفيذية فى الدولة ، وذلك بعد التثبت من وقوع المخالفة بواسطة سلطة أخرى مختصة هى السلطة القضائية . ومن ثم فالاجبار الذى يكفل احترام القواعد القانونية انما تختص به السلطات العامة فى الجماعة وتحتكر توقيعه باسم هذه الجماعة دون أن يستقل بتوقيعه الافراد أنفسهم. ولذلك عرف هذا الاجبار باسم الاجبار العام أو الجماعى La contrainte publique ou sociale ذلك أنه قد اندثر منذ قديم عهد الاقتصاص الفردى حيث كان يأخذ الفرد العدل لنفسه بنفسه فيحتكر حق ممارسة الاجبار وتوقيعه لحسابه الخاص . ورغم استقلال السلطات العامة بقوة الجزاء والاجبار ، فانها ـ حيث تعن الحاجة ـ تنزل عن حق الاجبار الجماعى مبيحة الاجبار الخاص عن طريق الاقتصاص الفردى ، وان يكن ذلك فى حدود ضيقة مرسومة ، كما هو الشأن فى حال الدفاع الشرعى (٣) ، حيث يباح الدفاع عن النفس أو المال بالقوة دفعا

---

(١) Dabin, Théorie générale du droit, op. cit., No. 27.

(٢) يجب أن لا يستخلص من ذلك أن القانون نظام يقوم على القوة ، فهو يظل قائما على العدل ، وما اعتماده على القوة الا لتسخيرها فى خدمة العدل وكفالته .

(٣) فى هذا المعنى :
Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, No. 16, p. 62. — Roubier, op. cit., pp. 27, 28.

لعدوان غير مشروع يقع عليهما · وكما هو الشأن كذلك فى حق الحبس (١) ، أى حق من يكون دائنا ومدينا معا ــ عند وجود التزامين مترابطين ــ فى أن يمتنع عن تنفيذ التزامه طالما لم يعرض الطرف الاخر الوفاء بالتزامه (م ٢٤٦ ــ ١ مدنى) ، فللبائع مثلا أنيحبس المبيعحتى يقوم المشترى بوفاء ما هو مستحق عليه من الثمن (م ٤٥٩ ــ ١ مدنى) ، وللمستعير أن يحبس العارية حتى يقوم المعير بايفائه ما اضطر الى انفاقه للمحافظة عليها ·

١٤ ــ الأجبار عنصر جوهرى لقيام القانون

اختلف الفقهاء فى شأن اعتبار الجزاء أو الاجبار عنصرا لازما لوجود القاعدة القانونية · فبعضهم لا يرونه لازما لقيامها ، اذ القانون عندهم هو مجموع القواعد التى تتجه نحو الاقتران بجزاء (٢) ، دون أن يشترط اقترانها فعلا وحتما بهذا الجزاء . فالجزاء فى هــذا النظر اذن ليس عنصرا مكونا للقانون ولكنه عنصر خارجى متعلق بمدى نفاذه ، فكون القانون لا يجد اجبارا ماديا يكفل احترام قواعده لا ينفى وجوده وان كانيقلل منمدى مفعوله ونفاذه فى العمل ·

غير أن من العسير التفرقة بين وجود القانون وبين نفاذه ، فوجود القانون يقتضى حتما نفاذه طالمـــا هو يضع نظاما للمجتمع ، ذلك أن تعليق النفـــاذ برغبة المكلفين يتبعون القانون أو يخالفونه يؤدى الى اختلال نظام المجتمع ، وهو ما يفقد القانون وظيفته وغايته ·

وأيا ما كان الامر ، فان القائلين بامكان تصور وجود القانون دون جزاء أو

---

(١) فى هذا المعنى : Dabin, ibid.

ولكن قارن سواء بالنسبة الى الدفاع الشرعى أو بالنسبة الى حق الحبس :

Du Pasquier, Introduction à la théorie générale et la philosophie du droit, 3ème éd., 1948, No. 140. — Dabin, Théorie générale du droit, No. 34, p. 47.

محمود جمال الدين زكى ، دروس فى نظرية القاعدة القانونية ، ١٩٥٥ ، ص ١٦ ·

(٢) أنظر فى هذا المعنى :

Gény, Science et technique en droit privé positif, t. I, No. 16, pp. 47-48 et 51; t. IV, p. 252. — Réglade, op. cit., pp. 107-109.

اجبار جماعى يكلفه ، يدللون على صواب نظرهم بتخلف الجزاء أو الاجبار فى بعض فروع القانون العام خاصة كالقانون الدولى العام والقانون الدستورى (١) . ولكننا سوف نرى أن القانون الدولى العام لم تتوافر له بعد صفة القانون الوضعى الكامل · وأن القانون الدستورى قانون بالمعنى الكامل ، كل ما فى الامر أن جزاءه يتشكل فى صور مختلفة عن الجزاءات العادية المعروفة فى بقية فروع القانون ، وهو أمر تحتمه وتقتضيه طبيعة القانون الدستورى نفسه ، اذ هو يقيم عادة سلطات متعددة مستقلة عن بعضها البعض ، فلايتصور — والمخالفة قد تقع من احداها — الا انشاء نوع من الرقابة المتبادلة بين هذه السلطات جميعا تكفل احترام قواعد القانون الدستورى . والشعب من وراء ذلك محيط ، ومن فوق هذه السلطات جميعا رقيب ، يملك بوسائله السلمية أو الثورية فرض احترام الدستوروتأكيد سيادةقواعده(٢) . كل ذلك يفصح عن أن التشكيك فى ضرورة توافر الجزاء أو الاجبار لوجود القانون ، تشكيك لا يجد ما يبرره . ومن هنا ينبغى الاقرار بما يذهب اليه جمهور الفقهاء (٣) ، من أن القواعد القانونية قواعد ملزمة أى قواعد يقوم الاجبار الجماعى على كفالة احترامها .

١٥ ـ صور الجزاء أو الإجبار

لا يتخذ الجزاء أو الاجبار ـ الذى تنفرد بتوقيعه سلطة عامة مختصة فى الجماعة ـ صورة واحدة ، بل تختلف صوره باختلاف المكان ، وتتفاوت بتفاوت الزمان ، وتتنوع تبعا لتنوع فروع القانون واختلاف طبيعة قواعده · ورغم

---

(١) Haesaert, op. cit., p. 100. — R. Capitant, thèse précitée, pp. 116, 117. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 34, pp. 54, 55.

(٢) فى هذا المعنى :
عبد الرازق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون ، ١٩٤١ ، فقرة ٢١ ص ٣٢ . وفقرة ١٧٨ — عبد الفتاح عبد الباقى ، نظرية القانون ، ١٩٥٤ ، فقرة ١٨ ص ٣١ و ٣٢ . — سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٥٢ ، فقرة ٣٧ .

(٣) راجع بخاصة :
Del Vecchio, op. cit., p. 301. — Roubier, op. cit., No. 4. — Dabin, op. cit., No. 32. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 11.

اختلاف صور الجزاء أو الاجبار ، فيجمعها كلها معنى واحد هو تمام القدرة على اعطاء القانون صفة فعالة تؤكد سيادته وتكفل احترام قواعده ·

ولعل أول صورة تخطر للجزاء فى الذهن هى صورة الجزاء الجنائى ، أى الاجبار الذى يتخذ شكل العقوبة · والعقوبة أنواع كثيرة : فقد تقع على جسم المخالف لاحكام القانون ، كالاعدام · وقد تقع على حريته بسلبها أو تقييدها : كالاشغال الشاقة ، مؤبدة كانت أو مؤقتة ، والاعتقال مؤبدا كان أو مؤقتا ، والسجن والحبس والوضع تحت مراقبة البوليس وقد تقع العقوبة على مال المخالف فتتخذ حينئذ شكل الغرامة أو المصادرة ·

غير أن الجزاء أو الاجبار ليس كله جنائيا ، فهناك الجزاء المدنى وصوره كثيرة متعددة : فقد يتخذ هذا الجزاء صورة البطلان ، وهو ما يكون فى حـــال ابرام تصرفات قانونية على خلاف القانون ، فلا يعترف القانون بهذه التصرفات ولا يرتب عليها بالتبعية أى أثر قانونى · ومن أمثلة ذلك النص على بطلان هبة العقار التى لاتتم الا بورقة رسمية (م ٤٤٨ مدنى)، وبطلان كل تصرفات الصغير غير المميز (م ١١٠ مدنى)، وبطلان العقد اذا كان المحل أو السبب مخالفا للنظام العام والاداب (م ١٣٥ و ١٣٦ مدنى) : فيقع باطلا كل اتفاق على ارتكاب جريمة لقاء أجر معين ، وكل اتفاق على استئجار منزل بقصد ادارته أو استغلاله فى الدعارة ·

وقد يتخذ الجزاء المدنى صورة محو أثر المخالفة أى ازالة كل أثر ترتب على مخالفة القانون أن كانت الازالة تدخل فى حيز الامكان ، مما يستتبع اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل وقوع هذه المخالفة ، كسد المطلات المفتوحة على مسافة تقل عن المسافة القانونية المسموح بها ، أو هدم الابنية المقامة خارج خط التنظيم .

فان تعذر محو أثر المخالفة ، برزت صورة أخرى للجزاء بديلة عن هذه الصورة هى صورة الجزاء التعويضى ، فيقع الاجبار على مال المخالف بأن يؤخذ منه قدر يعوض من لحقه الضرر عن اضطراره لتحمل آثاره نظرا

لاستحالة محوه · فمن دهم شخصا بسيارته مثلا فبتر له ساقه ، لا يستطيع أن يعيد اليه الساق المبتورة ، ولكنه يلزم بأن يدفع اليه تعويضا نقديا يعوضه عن بقائه دون ساق ·

وقد يجتمع الجزاء الجنائى والمدنى فى نفس الصورة . فمن قتل شخصا عمدا مع سبق الاصرار على ذلك أو الترصد يعاقب بالاعدام ، وقد يلزم فوق ذلك بأن يدفع الى ورثة القتيل مبلغا من المال على سبيل التعويض · ومن اختلس مالا مملوكا لغيره فهو سارق يعاقب بالحبس مع الشغل ، ويلزم فوق ذلك برد الشىء المسروق أو التعويض عنه ان تعذر الرد · ومن قذف فى حق آخر ينال العقاب الجنائى ، وقد يلزم بتعويض المقذوف فى حقه تعويضا ماليا ·

الفصل الثانى

مدى سلطان ارادة الافراد ازاء القانون (1)

١٦ ـ تنوع قواعد القانون الى آمرة ومكملة يستتبع تفاوت سلطان ارادة الافراد ازاء القانون بين الانعدام والاطلاق

اذا كان القانون يحكم سلوك الافراد حكما ملزما يكفله اجبار مادى جماعى ، فقد يظن أنه لا مجال لسلطان الارادة ازاء القانون ، وأنه لا يتصور وجود اتفاقات مشروعة على خلاف ما يقرر القانون · ولكن الامر ليس على هذا النحو المطلق . ذلك أن قواعد القانون ليست نوعا واحدا ، بل هى تتنوع نوعين كبيرين ، تجد الارادة سلطانا بالنسبة الى أحدهما دون الاخر . فقواعد القانون ، اما قواعد آمرة (Règles impératives) ، واما قواعد مفسرة أو مكملة (Règles interprétatives ou supplétives) ·

اما القواعد القانونية الآمرة ، فيقصد بها تلك القواعد القانونية التى لايجوز للافراد مخالفتها أو الاتفاق على عكسها . اما القواعد القانونية المفسرة أو المكملة ، فهى تلك القواعد التى تلزم الافراد فى حال عدم انصراف ارادتهم الى مخالفتها ·

---

(1) اهم المراجع :
H. Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, 4ème éd., 1921, Nos. 24 - 35. — R. Capitant, thèse précitée, pp. 69 - 74. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 97 - 99. — Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 67, 68, p. 265. — Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. VI, Obligations, par Esmein, 2ème éd., Nos. 226 - 248.

فكأن مدى سلطان ارادة الافراد متفاوت بتفاوت نوع القواعد القانونية . فسلطان ارادة الافراد منعدم ازاء القواعد القانونية الآمرة ، بمعنى أن الزام هذه القواعد لهم انما هو الزام بات مطلق ، لا يملكون أمامه الخروج على أحكامها بارادتهم أو باتفاقات يعقدونها فيما بينهم . أما القواعـــد القانونية المفسرة أو المكملة ، فسلطان ارادة الافراد ازاءها كامل موفور ، بمعنى أن للافراد فى الاصل حق الخروج عليها بارادتهم أو باتفاقات يعقدونها فيمـــا بينهم ، والا صارت ملزمة لهم الزام القواعد القانونية الامرة ٠

وقد دعا الى هذا التنوع فى القواعد القانونية ، وتقييد ارادة الافراد تقييدا كاملا من ناحية واطلاق سلطان هذه الارادة اطلاقا كاملا من ناحية اخرى ، ان النشاط الفردى والعلاقات الاجتماعية ليست على درجة واحدة من الاهمية والخطر . فمنها ما هو وثيق الصلة بالمجتمع ، عظيم الاثر فى حياته ، بحيث ينبغى استقلال القانون نفسه بتنظيمه ووضع قواعده، وحماية هذا التنظيم وتلك القواعد من كل عدوان عن طريق منع الافراد منعا باتا من مخالفتها ، وهنا تظهر القواعد القانونية الآمرة . ومنها ما لا يمس تنظيمه على وضع دون آخر كيان المجتمع ولا مقوماته الاساسية ، فيباح للافراد الاستقلال بتنظيمه وفق مشيئتهم وحسب ما تمليه عليهم مصالحهم الخاصة ، وان يكن القانون فى مثل هذه الحال لا ينفض يده نفضا تاما من وضع تنظيم نموذجى يلزم من لا يظهر ارادته من الافراد فى مخالفته ، وهنا تظهر القواعد القانونيـــة المفسرة أو المكملة (١) ٠

فالقاعدة القانونية التى تحرم القتل أو السرقة مثلا قاعدة آمرة ، بمعنى أنه لا يجوز لاحد مخالفتها أو الاتفاق على عكسها بحال من الاحوال ٠ والقاعدة القانونية التى تحدد المحرمات من النساء ، قاعدة آمرة بمعنى أنه يمتنع على الافراد مخالفتها بالزواج من احدى هؤلاء المحرمات ٠ والقاعدة القانونية

(١) يبدو أن اطلاق اسم « القواعد المكملة » على هذه القواعد أكثر دقة ، اذ هى تفترض عادة وجود نقص ارادى تتصدى لاكماله (أنظر فى هذا المعنى . Marty et Raynaud, op. cit.. No. 98 ، وكذلك كتابنا سالف الذكر ، هامش (١) ، ص ٥٧ ولكن قارن فيما يذهب اليه البعض من تبرير تسمية هذه القواعد بالمفسرة بأن سكوت المتعاقدين من مخالفة هذه القواعد يفيد اتجاه اراداتهم الى الخضوع لاحكامها : عبد الرازق السنهورى وحشمت أبو ستيت، المرجع السابق ، هامش ص ١٦٨ — سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٥١) .

المقررة فى الشريعة الاسلامية والتى تقرر للذكر مثل حظ الانثيين فى الارث قاعدة آمرة ، بمعنى أنه يمتنع على الورثة مخالفتها بالاتفاق فيما بينهم على التسوية بين الذكور منهم والاناث ·

أما القاعدة القانونية التى تقضى مثلا بأن يكون الثمن مستحق الوفاء فى مكان ووقت تسليم المبيع (م ٤٥٦ و ٤٥٧ مدنى) ، فهى مجرد قاعدة مكملة لا تطبق الا اذا لميتفق المتعاقدان علىمكان ووقت آخر للوفاء بالثمن · والقاعدة القانونية التى تقضى بأن نصيب كل من الشركاء فى الارباح والخسائر يكون بنسبة حصته فى رأس المال (م ٥١٤ مدنى) قاعدة مكملة كذلك ، اذ للشركاء أن يتفقوا على نسبة أخرى لتوزيع الارباح والخسائر بينهم ، فان لم يتفقوا فالنسبة التى قررتها القاعدة القانونية تلزمهم . والقاعدة القانونية التى تضع على عاتق المؤجر اجــراء الترميمات الضرورية فى العين المؤجرة أثنــاء الاجارة (م ٥٦٧ مدنى) ، ليست كذلك الا مكملة ، فيجوز الاتفاق على تحميل المستأجر القيام بهذه الترميمات ،

١٧ — توافر صفة الالزام للقواعد المكملة

اذا كان لارادة الافراد كامل السلطان فى مخالفة القواعد القانونية المكملة وحدها دون القواعد الآمرة ، فهل معنى ذلك أن القواعد الامرة هى وحدها الملزمة ، وأن القواعد المكملة ليست بقواعد ملزمة ؟

الواقع أن كلا من النوعين من القواعد القانونية تتوافر له صــفة الالزام ·ولئن كانت هذه الصفة أوضح ماتكون فى القواعد القانونية الامرة حيث تستعصى مخالفتها على ارادة الافراد ، فهى كذلك لاتتخلف فى حال القواعد القانونية المكملة · فهذه القواعد الاخيرة ملزمة قانونا اذا لم يوجد اتفاق على عكسها من جانب الافراد ، أى أن الالزام فيها موجود وان يكن لا يتوجه الا الى طائفة معينة من العلاقات والروابط هى تلك التى لم تخضعها ارادة الافراد لتنظيم مخالف (١) ·

---

(١) فى هذا المعنى :
R. Capitant, thèse précitée, p. 74.

فتطبيق القاعدة القانونية المكملة ، معقود اذن بشرط عدم وجود اتفاق مخالف لاحكامها . فاذا تخلف هذا الشرط بأن اتفق المتعاقدان على خلافها ، امتنع تطبيقها · ومن هنا ، فامتناع تطبيقها ليس معناه أنها قاعدة غير ملزمة ، وانما معناه أن هذه القاعدة الملزمة — أمام ما يوجد من اتفاق مخالف — تفتقد شرطا من شروط تطبيقها وهو ما لا يطعن فى وجودها أو الزامها (١) .

وليس يستند الالزام ـ كما يرى بعض الفقهاء ـ الى ارادة المتعاقدين الضمنية بانصرافها عن مخالفة القواعد المكملة ، فقد يجهلان وجود هــذه القواعد ولا ينتفى رغم ذلك الزامها لهم فى حال عدم الاتفاق على عكسها ، وانما يقوم الزامها على أساس قوتها الذاتية كقاعدة قانونية تخضع لحكمها الملزم الروابط التى لا يحكمها اتفاق مخالف وتتوجهبا لخطاب الملزم كذلك الى من لا يخالفها من الافراد (٢) ·

١٨ — معيار التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة

يراعى أن الامر فى هذه التفرقة يكون واضحا حينما تتضمن القاعدة القانونية نفسها تصريحا بصفتها الامرة بالنص مثلا على بطلان كل اتفاق مخالف لها أو بفرض عقوبة على مخالفتها ، أو حينما تتضمن تصريحا بصفتها المكملة بالنص على اجازة الاتفاق على عكسها ·

فمن أمثلة التصريح بصفة القاعدة الآمرة ، كل قواعد قانون العقوبات ، فهى صريحة النص على صفتها الامرة بما تتضمنه من فرض عقوبات على ما تحرمه من جرائم · وكذلك ما ينص عليه التقنين المدنى المصرى من بطلان التعامل فى تركة انسان بقيد الحياة ولو كان ذلك برضاه (م ١٣١) ، وبطلان كل اتفاق

---

(١) فى هذا المعنى :
Del Vecchio, op. cit., p. 291.
عبد الفتاح عبد الباقى ، نظرية القانون ، ١٩٥٤ ، فقرة ٦٩ ، ص ٩٣ — سليمان مرقس ، فقرة ٥٢ ، ص ٦٨ و ٦٩ .

(٢) أنظر فى انتقاد القول بأن القواعد المكملة مجرد قواعد ملزمة انتهاء لا ابتداء : سليمان مرقس ، عبد الفتاح عبد الباقى ، المواضع السابقة — كتابنا سالف الذكر ، فقــرة ٢١ ، ص ٥٩ و ٦٠) .

على خلاف ما يقرره هذا التقنين للقاضى ـ فى حال الظروف الطارئة ـ من سلطة رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول (م ١٤٧ — ٢) ، وعدم جواز النزول مسبقا عن حكم التقادم أو تغيير مدته (م ٣٨٨ — ١) .

ومن أمثلة التصريح بصفة القاعدة المكملة ، ما ينص عليه التقنين المدنى المصرى من أن تسليم المبيع يتم فى مكان وجوده وقت البيع **ما لم يتفق على** مكان آخر (م ٤٦٣) ، ومن أن نفقات عقد البيع ورسوم الدمغة والتسجيل ونفقات تسلم المبيع تكون على المشترى ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف (م ٤٦٢ و ٤٦٤) ، ومن أن للمستأجر حق النزول عن الايجار أو الايجـــار من الباطن وذلك عن كل ما استأجره أو بعضه ، ما لم يقض الإتفاق بغير ذلك (م ٥٩٣) .

غير أن كثيرا من القواعد القانونية لا يحمل بنفسه بيان صفته الامرة أو المكملة . وحينئذ تتحدد التفرقة بين النوعين من القواعد بالرجوع الى معيار معين هو معيار النظام العام (L'ordre public) والاداب (Les bonnes moeurs) وهو معيار مسلم فى الفقه والقضاء ، ويأخذ به المشرع المصرى صراحة فيما ينص عليه من بطلان العقد اذا كان المحل أو السبب مخالفا للنظام العام أو الاداب (م ١٣٥ و ١٣٦ مدنى) .

وعلى ذلك ، فحيث لا يوجد من المشرع تصريح بصفة القاعدة القانونية ، فكل القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام أو الآداب تعتبر قواعد آمرة لا قبل للافراد بمخالفتها (١) ، أى أن سلطان الارادة يكون منعدما ازاءها . وكل القواعد القانونية التى لا تتصل بالنظام العام أو الآداب تعتبر قواعد مكملة ، لارادة الافراد مطلق السلطان فى مخالفتها والخروج عليها .

١٩ — مرونة فكرة النظام العام والآداب ونسبيتها

يراعى أن فكرتى « النظام العام » و « الآداب » — كفيصل للتفرقة بين

---

(١) ليست كل المسائل التى تتعلق بالنظام العام أو الاداب تتضمنها حتما نصوص قانونية . ولذلك فقد تتحقق المخالفة للنظام العام أو الاداب دون أن يحصل خرق لنص قانونى معين (أنظر كتابنا سالف الذكر ، هامش « ١ » ص ٦١ والمراجع المشار اليها فيه) .

القواعد الآمرة والقواعد المكملة — ليستا الا مجرد فكرتين معياريتين تستعصيان على التحديد الجامد الثابت ، فهما مثلان من أمثلة الصياغة القانونية المرنة التى تصل القانون بأسباب التطور ، وتيسر له الاستجابة لما يستجد من حاجات المجتمع . ومن هنا كانت هاتان الفكرتان فكرتين نسبيتين يختلف مضمونهما باختلاف المكان والزمان على السواء . فما لا يعتبر من القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام والآداب فى جماعة ، قد يعتبر من هذه القواعد فى جماعة أخرى أو فى نفس الجماعة ولكن فى زمان مختلف .

ومهما يكن من أمر ، فالثابت أنه حيث يسود المذهب الفردى وتطلق الحرية للافراد ، يعظم سلطان ارادتهم فى تنظيم علاقاتهم وفق ما يشاءون ، وتنكمش فكرة النظام العام فى أضيق نطاق ، فتنحصر القواعد الامرة فى قلة ضئيلة ترد على سلطان الارادة ، وتكثر القواعد المكملة لهذه الارادة . أما حيث يسود المذهب الاجتماعى — كما هو المشاهد فى العصر الحديث فى أغلب الدول — فيكثر تدخل الدولة ويتسع نطاق فكرة النظام العام اتساعا يضعف معه سلطان الارادة ، وتكثر القواعد القانونية الامرة (١) .

ففكرة النظام العام والآداب اذن فكرتان مرنتان نسبيتان ، تستعصيان على التحديد الجامع المحكم ، لان نطاقهما متغير بتغير الجماعات وتغير الزمان . ورغم ذلك فقد يمكن اعطاء معيار أو موجه عام يستهدى به فى الكشف عن مضمونها وتعرف ما يدخل فى هذا المضمون من مسائل ، فتكون القواعد القانونية التى تحكمها قواعد آمرة ، وما يخرج عنه من مسائل ، فتكون القواعد القانونية التى تحكمها قواعد مكملة .

٢٠ — النظام العام (٢)

يمكن تعريف النظام العام بأنه مجموع المصالح الاساسية للجماعة ، أى مجموع الاسس والدعامات التى يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها بحيث لا

---

(١) أنظر فى ذلك :
عبد الرازق السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ، الجزء الاول ، مصادر الالتزام ، فقرة ٢٢٨ .

(٢) أنظر فى ذلك بصفة خاصة .
= Pascanu, La notion d'ordre public par rapport aux transforma-

يتصور بقاء هذا الكيان سليما دون استقراره عليها . ولذلك كانت القواعد القانونية المتعلقة بالمصالح الاساسية للجماعة أى المتعلقة بالنظام العام ، قواعد أمرة لا تملك الارادة الفردية ازاءها أى سلطان أو قدرة على مخالفتها ، اذ تعرض مخالفتها كيان المجتمع نفسه للانهيار والتصدع، فلا يسمح لاى كان بأن تجرى ارادته على خلافها .

وفى الطليعة من القواعد المتعلقة بالنظام العام أى من القواعد الامرة ، قواعد قانون العقوبات التى ترسى دعامة الامن فى المجتمع . فيقع باطلا كل اتفاق على أرتكاب أو عدم ارتكاب جريمة من الجرائم لقاء أجر معلوم ، أو على تحمل شخص المسئولية الجنائية والعقوبة بدل شخص آخر ارتكب جريمة من الجرائم .

وكذلك تعتبر من القواعد المتعلقة بالنظام العام القواعد المتعلقة بالحريات العامة ، وهى التى تنص عليها الدساتير عادة ، كالحرية الشخصية وحرية العقيدة وحرية الرأى وحرية الانتخاب (١) والترشيح . فيقع باطلا التعهد باعتناق أو عدم اعتناق دين معين ، والتعهد بعدم الكتابة فى الصحف والتعهد بعدم التصويت فى الانتخابات أو الترشيح فيها .

وكذلك يعتبر من القواعد الامرة المتعلقة بالنظام العام ، القواعد المتعلقة بالاختصاص القضائى فيما عدا الاختصاص المحلى . ولذلك لا يجوز الاتفاق على رفع قضية تدخل فى اختصاص المحاكم الابتدائية الى المحاكم الجزئية .

وكذلك يعتبر من القواعد الامرة المتعلقة بالنظام العام القواعد المتعلقة بالاسس الاقتصادية للجماعة ، كفرض سعر الزامى للعملة الورقية ، فيعتبر

= tions du droit civil, Paris 1937. — De La Morandière, L'ordre public en droit privé interne, études de droit civil à la mémoire de H. Capitant, pp. 381 et s; La notion d'ordre public en droit privé, Cours de droit civil approfondi, 1950 - 1951. — Malaurie, L'ordre public et le contrat, t. I, 1953.

(١) اصبح التصويت فى الانتخاب وفى الاستفتاء واجبا فى مصر اليوم وليس مجرد حرية من الحريات .

باطلا كل اتفاق على الدفع بالذهب لانه يخالف مصلحة عامة أساسية للجماعة هى ثبات النقد فيها واستقراره .

ولئن كانت القواعد المتعلقة بالنظام العام أوفر ما تكون فى نطاق القانون العام كما يتبين من الامثلة التى قدمناها ، فالقانون الخاص كذلكلا يخلو منها ، وخاصة منذ أن كثر تدخل الدولة فى العصر الحديث ، فأكثرت من القيود على سلطان ارادة الافراد فى ابرام التصرفات القانونية ·

فقواعد الاهلية تعتبر من القواعد الامرة لتعلقها بالنظام العام . ولذلك ـ كما تقول المادة ٤٨ من التقنين المدنى المصرى ـ « ليس لاحد النزول عن أهليته ولا التعديل فى أحكامها » . وكذلك الشأن فيما يتعلق بقواعد الولاية ، فلا يجوز للولى أو الوصى أو القيم تعديل اختصاصاته وحقوقه المنصوص عليها فى القانون ·

والقواعد التى تحكم الحالة المدنية للشخص هى من القواعد الامرة كذلك لتعلقها بالنظام العام ، فلا يجوز مخالفتها أو الاتفاق على عكسها · فيقع باطلا كل اتفاق على تغيير الجنسية أو الاسم فى غير الاحوال التى يحددها القانون أو دون اتباع الاجراءات المبينة فيه للحصول على هذا التغيير

وكذلك تتعلق أغلب القواعد الخاصة بنظام الاسرة بالنظام العام فتكون قواعد آمرة ، لان الاسرة هى الخلية الاولى للمجتمع فتكون القواعد التى تحكمها فى مقدمة الاسس التى يقوم عليها بناء الجماعة بحيث تجب حمايتها وكفالة احترامها ضد كل اتفاق يقع على خلافها · فلا يجوز الاتفاق على تعديل حقوق كل من الزوجين قبل الاخر . فيقع باطلا كل اتفاق على النزول مقدما عن المطالبة بالنفقة التى يوجبها القانون بين الازواج أو بين الاصول والفروع أو بين ذوى الارحام · ولا يجوز كذلك للزوج المسلم النزول مقدما عن حقه فىطلاق زوجته (١) أو فى التزويج عليها. ولا يجوزلهكذلك

---

(١) ولكن ليس ثم ما يمنع من تعهد الزوج مقدما بتعويض زوجته اذا هو طلقها فى يوم من الايام (أنظر نقض مصرى ٢٩ فبراير ١٩٤٠ ، مجموعة عمر ، ج ٣ ، رقم ٣٥ ، ص ٨٥ . وانظر كذلك : عبد الرازق السنهورى ، المرجع السابق ، هامش «١» ص ٤١٠) .

النزول عن حقه فى الزواج بأكثر من واحدة حتى أربع ، لان حقه فى الطلاق وفى تعدد الزوجات بما لا يزيد على أربع من قواعد النظام العام (بالنسبة للمسلمين) ، لتعلقه بالاسس العائلية التى يقوم عليها بناء الجماعة ٠

وهنا تبدو لنا نسبية فكرة النظام العام ، واختلاف مضمونها باختلاف الجماعات ، ففى الدول الغربية مثلا ــ على خلاف الحال فى مصر والدول العربية عموما بالنسبة للمسلمين ــ تعتبر وحدة الزوجة من النظام العام ، فلا يجوز الزواج بأكثر من واحدة ٠ وكذلك تبدو نسبية فكرة النظام العام من حيث الزمان ، فقد كانت الدول الغربية تعتبر أبدية الزواج من النظام العام ، ثم تطور الامر فيها فأباحت أكثرها انفصام الزواج بالطلاق فى حالات معينة ، ولذلك يعتبر باطلا نزول أحد الزوجين مقدما عن حقه فى طلب الطلاق فى احدى هذه الحالات ٠

وكذلك يعتبر متعلقا بالنظام العام بعض القواعد الخاصة بالمعاملات المالية بين الافراد نظرا لاتصالها بالمصالح الاساسية للجماعة : فلا يجوز الاتفاق مثلا على منع قسمة الشىء الشائع لمدة تزيد على خمس سنوا ت(م ٨٣٤مدنى) ٠ ولا الاتفاق على فائدة تجاوز الحد الاقصى المشروع (م ٢٢٧ مدنى) ٠ ولا الاتفاق على منع انقاص الالتزام المرهق فى حال الظروف الطارئة (م ١٤٧ مدنى) أو منع تعديل الشروط التعسفية أو الاعفاء منها فى عقود الاذعان (م ١٤٩ مدنى) ٠

٢١ ــ الآداب (١)

يقصد بالآداب الاصول الاساسية للاخلاق فى الجماعة ، اى مجموع الاسس الاخلاقية الضرورية لكيان المجتمع وبقائه سليما من الانحلال ٠ من أجل ذلك لا

---

(١) انظر فى ذلك بصفة خاصة :
Oprea, Essai sur la notion des bonnes mœurs dans les obligations en droit civil allemand, thèse, Paris, 1935. — Bonnecase, La notion juridique de bonne mœurs, sa portée en droit civil français, Etudes Capitant, p. 91 et s. — Senn, Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs, Recueil d'études en l'honneur de F. Gény, t. I, p. 53 et s.

يتصور أن تكون القواعد القانونية المتعلقة بمثل هذه الاسس الاخلاقية الضرورية لكيان المجتمع وبقائه سليما من الانحلال ، الا قواعد آمرة يمتنع على الافراد مخالفتها والاتفاق على عكسها بارادتهم ، لان مخالفتها تصدع كيان الجماعة الاخلاقى .

فليس يقصد اذن بالقواعد المتعلقة بالاداب كل قواعد الاخلاق ــ والا اختلط القانون بالاخلاق ، وهما منفصلان نتيجة اختلافهما فى الغاية والهدف كما سبق البيان ــ وانما يقصد بهذه القواعد الحد الانى من قواعد الاخلاق الذى تعتبره كل جماعة لازما لوجودها وكيانها بحيث تفرض على الجميع احترامه وعدم المساس به أو الانتقاص منه(١) .

وفكرة الآداب على هذا النحو ، كفكرة النظام العام ، فكرة نسبية بحتة تتفاوت بتفاوت الجماعات ، لان العبرة فى مضمونها هى بما تعتبره كل جماعة فى زمن معين من الاصول الاساسية للاخلاق فيها . وهى تخضع فى ذلك لما يحيط بها من ظروف خاصة متعلقة بالعادات والتقاليد والدين فيها . ولما كانت هذه الظروف تتغير مع الزمن ، فان فكرة الاداب يختلف مضمونها كذلك فى الجماعة الواحدة باختلاف الزمان والاجيال فيها .

ففى بعض الدول كفرنسا مثلا لم يكن يسمح للولد غير الشرعى برفع دعوى لاثبات نسبه لمخالفة ذلك للآداب ،ثم تطور تصور الجماعة لفكرة الاداب من هذه الناحية فأصبح مباحا الان اثبات النسب . وفى أغلب الدول كان عقد التأمين على الحياة وعقد الوساطة فى الزواج يعتبران باطلين لمخالفتهما للاداب ، ثم تغير النظر اليهما فأصبحا اليوم من العقود المشروعة . وأغلب الجماعات لا تزال ترى فى الاتفاقات الخاصة بانشاء نواد للعراة مخالفة للآداب ، بينما تغيرت نظرة بعض الجماعات الحديثة الى ذلك فأصبحت تعتبر مثل هذه الاتفاقات مشروعة .

---

(١) وبذلك تعتبر فكرة الاداب ــ كما سلفت الاشارة ــ مثلا من الامثلة القليلة الصادقة على تأثر القانون بالاخلاق ، وحاجته فى سبيل تدعيم نظم المجتمع وتماسكه الى استلزام حد أدنى من الاصول الاخلاقية ، لا يبيح للافراد الخروج عليه بحال من الاحوال .

ومن بين الامثلة الواضحة على مخالفة الآداب الاتفاقات الخاصة بادارة أو بايجار أو استغلال البيوت المعدة للدعارة أو القمار(١) • والاتفاقات الخاصة بانشاء أو استمرار العلاقات الجنسية غير المشروعة ، وخاصة التعهدات بدفع مبلغ من المال لقاء قيام مثل هذه العلاقات (٢) .

٢٢ ـ سلطة القاضي فى تحديد مضمون النظام العام والاداب

اذا كانت فكرة « النظام العام » وفكرة « الآداب » فكرتين مرنتين معياريتين تعطيان القاضي سلطة واسعة فى تحديد مضمونهما نظرا لعدم ثبات هذا المضمون وتغيره فى الزمان والمكان ، الا أن القاضي لا يملك أن يحل آراءه أو عقائده الشخصية فى هذا الصدد محل آراء الجماعة نفسها • ففكرة النظام العام والاداب فكرتان نسبيتان ، أى تنسبان الى جماعة معينة فى زمن معين ، ولذا فالقاضي ــ فىتحديد مضمونها ــ مقيد، لابما يراه هو ،ولكن بالتيار العام السائد بشأنهما فى هذه الجماعة المعينة وفى ذلك الزمن المعين (٣) .

---

(١) ولكن الغالب أن يستثنى المشرع بعض نوع القمار ، فيعتبر العقود الخاصة بها صحيحة غير مخالفة للاداب • ومن قبيل ذلك ما أورده المشرع المصرى من استثناءات تتعلق : بما رخص فيه قانونا من أوراق النصيب ، وبالمراهنات بين المتبارين شخصيا فى الالعاب الرياضية (م ٧٤٠ مدنى) • وهذه الاستثناءات مفهومة : ففيما يتعلق بأوراق النصيب ، يعتد بما يتحقق عن طريقها من انفاق الحصيلة المتجمعة منها ــ بعد توزيع الجوائز ــ فى أعمال البر والخير • وفيما يتعلق بالمراهنات بين المتبارين شخصيا فى الالعاب المذكورة ، واضح القصد من تشجيع التنافس على التفوق فى مثل هذه الالعاب (أنظر مذكرة المشروع ، مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ٥ ، ص ٣٠٣ و ٣٠٤) •

(٢) من الواضح أن الاتفاق اذا كان على انهاء علاقة جنسية غير مشروعة مع الالتزام بدفع مبلغ من المال فهو اتفاق مشروع لا مخالفة فيه للاداب ، اذ يتضمن بذلك فكرة تعويض المرأة عما يكون قد أصابها من ضرر نتيجة العلاقة السابقة المخالفة للاداب ، أو فكرة معاونتها على بدء حياة جديدة شريفة (فى هذا المعنى: Planiol, Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. V, Obligations, par Esmein, 2e. ed. No 232.
ــ عبد الرازق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٢٣٨) •

(٣) فى هذا المعنى : مذكرة المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى الحالى ، مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ٢ ، ص ٢٢٣ •
ولذلك يكون من الطبيعى أن يعتبر تحديد مضمون النظام العام والاداب مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض ، دون أن يستقل بتقديرها قاضي الموضوع (أنظر عبد الرازق السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٤٠١ ، هامش « ٢ » ــ أنور سلطان ، النظرية العامة فى الالتزام ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، ١٩٥٥ ، ص ٢٠٤ ، الهامش) • وفى ذلك ضمانة كبرى لاقامة هذا التحديد على اسس موضوعية لا شخصية (أنظر :
De la Morandière ,article précité, p. 389)

٢٣ — جزاء مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب

القواعد المتعلقة بالنظام العام والاداب ، باعتبارها قواعد آمرة (١) ، تعتبر قيدا يرد على سلطان الارادة فى ابرام التصرفات القانونية ، بمعنى أن ارادة الافراد تتقيد باحترام هذه القواعد ، بحيث يترتب على كل مخالفة لهذه القواعد بطلان الاتفاق الذى يتضمن هذه المخالفة بطلانا مطلقا . ولذلك لايزول مثل هذا البطلان بالاجازة ، ويكون لكل ذى مصلحة أن يتمسك به ، وعلى القاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه ولو لم يطلب اليه أحد الخصوم ذلك (٢) .

والقاعدة أن البطلان يستتبع حتما اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التصرف أو الاتفاق ، اى رجوع كل شىء الى أصله ، فيكون لمن سلم شيئا الى آخر تنفيذا للاتفاق الباطل حق استرداده .

غير أن القضاء فى فرنسا يجرى — اتباعا لقاعدة تقليدية مستقرة فى القانون الرومانى منذ قديم — على منع من أوفى بالتزام مخالف للاداب من استرداد ما أداه اذا كانت المخالفة للاداب آتية من ناحيته هو ، لانه طرف ملوث لا يجوز له الاحتجاج بتلوثه ومخالفتهللاداب لاسترداد ما أدى .وقد انحاز القضاء المصرى فى مجموعه (٣) الى هذا الاتجاه فى ظل التقنين المدنى القديم . ولكن

---

(١) اذا كانت كل القواعد المتعلقة بالنظام العام والاداب تعتبر قواعد آمرة ، فالعكس ليس بصحيح . فقد توجد قواعد آمرة ينص المشرع على صفتها الامرة ولكنها لا تكون لذلك متعلقة بالنظام العام ، ولهذا لا يترتب البطلان المطلق جزاء على مخالفتها . ومن قبيل ذلك بعض القواعد التى يقصد بها حماية القاصر . فانه اذا كان مبدأ حماية القاصر أمرا متعلقا بالنظام العام بحيث يعتبر باطلا بطلانا مطلقا تعهد القاصر مقدما بالنزول عما يقرره القانون له من حماية، الا أن تفصيل تنظيم مثل هذه الحماية قد لا يتعلق بالنظام العام . ولذلك فان القانون مثلا ينص على أن تصرفات الصبى المميز الدائرة بين النفع والضرر تكون قابلة للابطال لمصلحته . وهو بذلك لا يقرر البطلان المطلق جزاء على قيام القاصر بابرام مثل هذه التصرفات ، وانما يكتفى بالبطلان النسبى ، مما يكشف عن عدم تعلق القاعدة التى تحرم انفراد القاصر باجراء مثل هذه التصرفات بالنظام العام مباشرة (فى هذا المعنى — H. Capitant, op. cit., p. 63, note (1) — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 99, p. 163. — محمد على عرفه ، مبادىء العلوم القانونية ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٦ ، ص ١٠٢ — ١٠٤) .

(٢) يختلف البطلان النسبى عن البطلان المطلق فى ذلك كما سيرد البيان ، اذ فى البطلان النسبى يكون التصرف القانونى صحيحا ولكنه قابل للابطال لمصلحة أحد الاشخاص ، ولذلك فان طلب الابطال لا يكون الا من قبل من جعل له القانون حقا فيه ، ويزول حق الابطال بالاجازة الصريحة أو الضمنية من جانبه (م ١٣٨ و ١٣٩ مدنى) .

(٣) أنظر فى الاشارة الى أحكام هذا القضاء : عبد الرازق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ١ ، هامش رقم « ٣ » ص ٥٣٦ .

هذه القاعدة الرومانية التقليدية كانت محل هجوم وانتقاد جمهور الفقة ، سواء في فرنسا أو مصر ، لانها تخالف منطق البطلان الذى يحتم أرجاع كل شيء الى أصله واسترداد ما دفع فى جميع الحالات ·

وقد هم المشرع المصرى بمتابعة القضاء المصرى فيما كان مستقرا عليه من التزام القاعدة الرومانية ، اذ وضع نصا يقررها فى المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الحالى · ولكن لجنة المراجعة رأت من بعد حذف هذا النص على أساس أنه « لا يتمشى مع منطق البطلان » (١) ، فظهر التقنين الحالى خاليا منه . وهو ما يخول القول ، مع جمهور الفقه المصرى ، بأن المشرع المصرى قد أفصح بجلاء عن قصده فى استبعاد القاعدة الرومانية وترك منطق البطلان يرتب كل آثاره دون استثناء لحالة ترتبه على مخالفة الاداب (٢) .

وعلى هذا النحو ، نستطيع أن نؤكد استبعاد القاعدة الرومانية ، فى القانون المصرى الحالى بحيث لا يعود ثم فارق فيه اليوم بين الجزاء المترتب على مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام والجزاء المترتب على مخالفة القواعد المتعلقة بالاداب . فالجزاء واحد فى الحالين وهو البطلان ، بما يستتبع اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التصرف أو الاتفاق الباطل ·

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ٢ ص ٢٥٨ .

(٢) فى هذا المعنى : عبد الرازق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٣٣٨ . — سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص ٧٦ هامش « ١ » ، أصول الالتزامات ، ج ١ ، فى مصادر الالتزام ، ١٩٦٠ ، فقرة ٢٣٨ ص ٣١٠ ، ولكن أنظر فيما يقترحه ، بعد انتقاد مسلك المشرع المصرى ، من وجوب النص على مصادرة المبلغ المحكوم باسترداده لحساب الخزانة العامة ، ص ٣١٢) . — عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرة ٨٠ ص ١١٠ .

الفصل الثالث

أقسام القانون وفروعه

٢٤ ـ تمهيد

يجرى الفقهاء على تقسيم القانون تقسيمات عدة ، يعنينا منها الاشارة الى تقسيمين اثنين : الاول ، هو تقسيم القانون الى قانون عام وقانون خاص ، والثانى هو تقسيم القانون الى قانون موضوعى وقانون شكلى

ويقوم هذا التقسيم الاخير للقانون على أساس أن القانون الموضوعى يضع أحكاما موضوعية للعلاقات التى يتصدى لحكمها يحدد فيها الحقوق والواجبات المختلفة · بينما يقتصر القانون الشكلى على بيان الاجراءات الكفيلة باعمال القانون الموضوعى وتطبيقه. فقانون الاجراءات أو المرافعات المدنية والتجارية مثلا قانون شكلى ، لانه يبين الاجراءات الواجب اتباعها فى سبيل الحصول على مايقرره القانون المدنى والقانون التجارى ـ وهما قانونان موضوعيان ـ من حقوق ·

ولكن التقسيم الاول للقانون الى قانون عام وقانون خاص هو التقسيم الرئيسى للقانون(١) · وهو تقسيم تقليدى لا يزال مستقرا ومسلما فى الفقه الحديث حتى من جانب الفقهاء الذين يهاجمونه ، اذ هو ذو فائدة عملية واضحة ناشئة عن التفرقة الواجبة فى المعاملة بين الدولة صاحبة السلطان فى الجماعة وبين الافراد الخاضعين لهذا السلطان ·

---

(١) قارن مع ذلك ما يذهب اليه بعض الفقهاء من ان التقسيم الرئيسى للقانون هو تقسيمه الى موضوعى وشكلى او اجرائى ، بينما يعتبر تقسيم القانون الى عام وخاص تقسيما تاليا وتابعا له (أحمد مسلم ، المنطق والواقع فى التنظيم الوضعى للروابط الدولية ، مجلة القانون والاقتصاد ، ١٩٥١ ، ص ٧٦ ، هامش « ١ ») ·

وسوف نقتصر على بيان هذا التقسيم الرئيسى للقانون ، فنعرض لمبدأ هذا التقسيم وللفروع التى تتدرج تحت كل من قسميه ، ولتلك التى تنتمى الى القسمين معا فى آن واحد ٠

المبحث الاول

التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص (١)

٢٥ ـ تاريخ التفرقة

تعتبر التفرقة بين القانون العام (le droit public) والقـانون الخاص (le droit privé) تفرقة تقليدية قديمة ٠ فقد عرفها الرومان ، حيث كانوا ينظرون الى الدولة باعتبارها سلطة عامة تعمل للصالح العام ، وتعلو على المصالح الخاصة التى تترك الحرية للافراد فى سبيل تحقيقها تأكيدا للنزعة الفردية التى كانت سائدة حينئذ ٠

ولكن مثل هذه التفرقة لم تلبث أن اختلطت وانطمست معالمها فى العصور الوسطى أمام ضعف الدولة وعدم وجود هيئة عامة تتركز فيها وحدها السيادة المطلقة فى الجماعة ٠

غير أن انتصار النزعة الفردية ومذاهب الحرية فى مطلع القرن التاسع عشر ، قد مكن للفصل بين نشاط الفرد ونشاط الدولة بما أتاح اعادة التفرقة القديمة بين القانون العام والقانون الخاص فى صورة واضحة المعالم ٠

الا أن انحسار النزعة الفردية منذ أواخر القرن الماضى ، وظهور النزعة الاجتماعية وانتشارها بما يصحبها من ازدياد تدخل الدولة فى مختلف شئون

---

(١) أهم المراجع :

Eisenmann, Droit public, droit privé, Revue du droit public et de la science politique, 1952, pp. 904 - 979. — Morelle, L'interpénétration du droit public et du droit privé, Recueils d'études en l'honneur d'Edouard Lambert, t. III, pp. 136 - 142 — Riezler, Oblitération des frontières entre le droit privé et le droit public, Etudes Lambert, t. III, pp. 117 - 136. — Marty et Raynaud, op. cit., Nos. 39 - 41.

وكتابنا سالف الذكر ، فقرات ٢٩ — ٤٦ ، ص ٧٣ — ١٠٠ ٠

النشاط فى الجماعة ، قد أوجد اختلاطا وتداخلا كبيرا بين نشاط الفرد ونشاط الدولة ، مما حدا ببعض الفقهاء الى الظن بأن معالم التفرقة التقليدية بين القانون العام والقانون الخاص فى طريقها الى الزوال ، وأن العصر الحديث يشهد ظاهرة اجتياح القانون العا مللقانون الخاص(١) ٠

غير أن مثل هذا الظن ليس صحيحا(٢) ٠ فلا يعنى ازدياد تدخل الدولة فى شئون النشاط الفرد ى، وازدياد حكمها لهذا النشاط بقواعد آمرة دون تركها مجالا كبيرا لسلطان ارادة الافراد ، أن مثل هذه القواعـــد تدخل فى نطاق القانون العام ، اذ الاعتبار فى هذا الشأن يكون لطبيعة ما تعرض له هذه القواعد من موضوعات لا للصفة الامرة أو المكملة لمثل هذه القواعد ٠ فقواعد القانون الخاص التى تتحدد صفتها الخاصة على أساس طبيعة ما تعرض له من موضوعات ، تظل لها هذه الصفة ، فلا يقلبها الى قواعد القانون العام مجرد فرضها كقواعد آمرة ٠

ولذلك فان مبدأ التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ما يزال معتبرا الى اليوم مبدأ مسلما فى الفقه الحديث بوجه عام (٣) .

٢٦ ــ معيار التفرقة

اذا كانت التفرقة التقليدية بين القانون العام والقانون الخاص ما زالت الى اليوم مسلمة ومستقرة فى الفقه الحديث رغم ما تعرضت له من هجمات ، الا أن

---

(١) أنظر فى ذلك خاصة :
Savatier, Du droit civil au droit public, 1945. — Josserand, La publicisation du contrat, Etudes Lambert, t. III, No. 145, pp. 142-158. — Radbruch, Du droit individualiste au droit social, Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1931, Nos. 3 - 4, pp. 390 - 393.

(٢) راجع فى ذلك :
Eisenmann, article précité, Nos. 9 - 29, pp. 913 - 923. — Roubier, op. cit., pp. 251, 252. — H. Mazeaud, Défense du droit privé, Dalloz, 1949, chr., p. 17.

(٣) أنظر مع ذلك فى مهاجمة مبدأ التفرقة :
على البارودى ، فى سبيل نظام قانونى موحد للمشروع التجارى العام ، مجلة الحقوق ، السنة الثانية عشرة . العددان الثالث والرابع ، ص ١٩٦ ــ ٢٠٧ ٠

الوقوف على معيارها ليس بالامر الهين حيث لا يزال اختلاف الفقهاء كبيرا فى هذا الشأن ٠

ولعل المعيار التقليدى لهذه التفرقة ، هو ذلك الذى يقيمها على أساس الاشخاص أطراف العلاقات القانونية . فحيث يتعلق الامر بالدولة وعلاقتها بالافراد أو بالدول الاخرى ، نوجد بصدد القانون العام ٠ وحيث يتعلق الامر بالفرد وعلاقاته بغيره من الافراد ، نوجد بصدد القانون الخاص (١) .

ومثل هذا المعيار ، ان كان صحيحا فى ظاهره وفى النتائج التى تتفرع عليه فى أكثر الفروض ، الا أن من العسير اعتباره صحيحا على اطلاقه ٠ ذلك أن الدولة كثيرا ما تدخل فى علاقات مع الافراد ، لا بصفهتا صاحبة السلطة والسيادة فى الجماعة ، ولكن بوصفها مجرد شخص معنوى عادى كبقية الاشخاص المعنوية الخاصة ، وحينئذ لا يتأتى منطقا اخضاع مثل هذه العلاقات لقواعد القانون العام ، بل تحكمها قطعا قواعد القانون الخاص ٠ فالدولة حين تقوم مثلا باستغلال أموالها الخاصة ـ لا الاموال العامة ـ وتعقد عقودا فى سبيل ذلك ، انما تظهر كشخص عادى لا كشخص عام يمثل السيادة فى المجتمع ، ولذلك يخضع نشاطها هذا للقانون الخاص ، كما يخضع لذلك أى استغلال أو عقد مماثل يقوم به أو يبرمه فرد من الافراد ٠ ومن هنا يبدو عدم امكان الاعتماد على شخص الدولة كمعيار فاصل للتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ٠

من أجل ذلك ، حاول بعض الفقهاء التماس معيار جديد لهذه التفرقة ، فاقامها على أساس اعتبار أن القانون العام قانون سيطرة أو قانون أمر ، واعتبار القانون الخاص قانون حرية أو سلطان ارادة ، وبذلك يصبح الخضوع مرادفا للقانون العام ، والحرية مرادفة للقانون الخاص (٢) .

---

(١) Montesquieu, De l5esprit des lois, éditions Garnier, t. I, chapitre III, p. 9.

(٢) أنظر فى هذا المعنى :
Savatier, op. cit., pp. 5 - 9.

ولكن مثل هذا المعيار بدوره لا يعتبر صالحا من كل الوجوه ، فليست كل قواعد القانون العام قواعد سيطرة واخضاع للفرد وانكار لحرية الارادة والاختيار ، فثم قواعد — كالقواعد الدستورية المقررة للحريات الفردية — لا يمكن أخذها على هذا الاساس ، أو اعتبارها لذلك من قواعد القانون الخاص (١) . ومن ناحية أخرى ، فالقانون الخاص كذلك ليس كله قانون الحرية والرضى وسلطان الارادة ، اذ سلطان الارادة يتوقف حتما أمام القواعد الامرة أو القواعد المتعلقة بالنظام العام والاداب ، وهى قواعد أصبح يزخر بها القانون الخاص فى العصر الحديث ، دون أن يصح اعتبارها لذلك — كما سبق البيان — من قواعد القانون العام (٢) .

وثم معيار آخر ياخذ به بعض الفقهاء المحدثين — وهو نفس المعيار الذى كان معروفا عند الرومان (٣) — يتلخص فى ارجاع التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص الى اختلاف طبيعة المصلحة التى يهدف الى تحقيقها أو حمايتها كل منهما . فالقانون العام هو الذى يهدف الى تحقيق مصلحة عامة ، والقانون الخاص هو الذى يهدف الى تحقيق مصلحة خاصة .

ولكن مثل هذا المعيار غير دقيق ، وهو ينتهى حتما الى الاختلاط التام بين القانون العام والقانون الخاص وانطماس الحدود بينهما ، اذ من العسير الفصل التام بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة . ولذلك فان القانون العام اذا كان يهدف الى تحقيق مصلحة عامة ، فان تحقيق هذه المصلحة يستتبع بذلك تحقيق بعض المصالح الخاصة . وكذلك فلئن كان القانون الخاص يهدف الى تحقيق مصالح خاصة ، فهو يحقق بالتبعية والضرورة مصلحة عامة ، اذ لا

---

(١) Einsenmann, article précité, pp. 928 - 929.

(٢) انظر فى هذا المعنى :

Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 41, p. 63. — Roubier, op. cit., No., 29, p. 247.

(٣) Roubier, op. cit., No. 29, p. 248. — Du Pasquier, op. cit., No. 167.

يتصور — والقانون يتصدى لتنظيم الحياة الاجتماعية — أن يعمل على تحقيق المصالح الخاصة اذا تعارضت مع المصلحة العامة للجماعة(١) . ولذلك ، فالزواج مثلا— وهو من أنظمة القانون الخاص — اذا كان يحقق مصالح خاصة فردية، الا أنه يحقق فى نفس الوقت مصلحة عامة للجماعة ، بل لعل تكوين الاسرة وتنظيم العلاقات بين افرادها يعتبر فى طليعة المصالح العامة للجماعة

وأمام نقص معيار طبيعة المصلحة ، وجد معيار آخر — يعتبر تنقيحا للمعيار التقليدى الاول — هو معيار صفة الاشخاص أطراف العلاقة القانونيـــة ، بمقتضاه يكون القانون العام هو الذى يحكم العلاقات التى تكون الدولة أحد أطرافها بصفتها صاحبة السيادة أو السلطة العامة فى الجماعة ، ويكون القانون الخاص هو الذى يحكم العلاقات بين الافراد بوصفهم أفرادا(٢) .

وهذا المعيار الاخير قد يكون قريبا الى الصواب ، وان يكن لا يسلم كذلك من النقد (٣) . ولكنه على أى حال يصلح نقطة بداية للوصول الى معيار أسلم، اذ هو يخفى وراءه المعيار الذى نراه حقيقا بالتسليم وهو معيار طبيعة العلاقة القانونية نفسها ، ذلك أن صفة الاطراف فيها انما تستمد من هذه الطبيعة . ومن هنا ، يمكن أن نقول ان القانون العام هو الذى يحكم العلاقات المتصلة بحق السيادة فى الجماعة أو يتعلق بتنظيم السلطات العامة فيها . أما العلاقات القانونية غير المتصلة بهذا الحق أو المسائل غير المتعلقة بهذا التنظيم فيحكمها القانون الخاص (٤) .

---

(١) فى هذا المعنى :
Roubier, op. cit., No. 29, pp. 248, 249. — Del Vecchio, op. cit., p. 292. — Riezler, article précité, pp. 126 - 130. — Eisenmann, article précité, pp. 934 - 936.

(٢) فى هذا المعنى :
Riezler, article précité, p. 131 — Eisenmann, article précité, pp. 963, 964.

(٣) اذ يقال ان الافراد حينما يمارسون الحريات العامة أو يشاركون فى تكوين السلطة العامة بالانتخاب مثلا ، انما تحكمهم — كما هو مسلم — قواعد القانون العام ، رغم أنهم لا يقومون فى الواقع باستعمال حقيقى لحق السيادة (أنظر : Roubier, op. cit., No. 29, p. 250)

(٤) فى هذا المعنى :
Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 41, p. 64. — Roubier, ibid. — Del Vecchio, op. cit., p. 293.

٢٧ ــ أهمية التفرقة (١)

اذا كانت التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص مستقرة فى الفقة ، فان أهميتها ليست نظرية محضة ، بل هى عملية كذلك ٠

فالقانون العام ـ وهو يحكم المسائل المتعلقة بالسيادة ـ يزود السلطات العامة فى الجماعة بمكنات لا يخولها القانون الخاص للافراد ٠ فللسلطات العامة مثلا اتخاذ قرارات فردية تفرض تكاليف عامة أو خاصة على الافراد ، أو الالتجاء الى وسائل استثنائية قهرية تعينها على تنفيذ ما تامر به مما يدخل فى اختصاص وظيفتها كالتنفيذ المباشر دون الالتجاء الى القضـــاء ، والاستيلاء المؤقت ، ونزع الملكية للمنفعة العامة ٠

وعلاقة الدولة بموظفيها تحكمها قواعد خاصة تختلف عن القواعد التى تحكم علاقة رب العمل بموظفيه وعماله ، اذ فى الحالة الثانية حيث لا يتصل الامر بحق السيادة يتصور اعطاء العمال جانبا غير قليل من الحرية ازاء رب العمل يصل عادة الى حد السماح لهم بالتوقف عن العمل والاضراب ، بينما لا يتصور ذلك عادة فى علاقة الموظفين بالدولة صاحبة السيادة ، خاصة وأنهم بحكم وظائفهم يقومون على تسيير المرافق العامة وهو ما لا يحتمل التوقف أو التعطل .

وتتقرر مسئولية الدولة أو الاشخاص المعنوية العامة ومسئولية الموظفين فيها على أسس وقواعد مختلفة عن القواعد العامة المقررة فى القانون الخاص بشان مسئولية الافراد أو الاشخاص المعنوية الخاصة ٠

وتخضع العقود التى تعقدها الادارة غالبا لقواعد استثنائية تخالف القواعد العادية المقررة للعقود فى القانون الخاص ، فقد يثبت للادارة منفردة الحق فى

---

(١) راجع فى ذلك :

Roubier, op, cit., No. 29, pp. 245, 246. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 40.

عبد الحميد متولى ، المفصل فى القانون الدستورى ، ١٩٥٢ ، ص ٥٧ .

الغاء العقد أو تعديل شروطه أو توقيع جزاء على التخلف أو التقصير فى تنفيذه ٠

ولذلك فان الحاجة تدعو ـ أمام اختلاف الانظمة والقواعد القانونية بين القانون العام والقانون الخاص ـ الى تخصيص جهة قضاء مستقلة عن جهة القضاء العادى ، للفصل فى المنازعات المتعلقة بمسائل القانون العام وخاصة تلك المتصلة بنشاط الادارة ٠ وهذا هو الحال فى القانون المصرى ، حيث توجد محاكم ادارية الى جوار المحاكم العادية ٠

٢٨ — مدى التفرقة

اذا كانت التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ما تزال قائمة رغم ما تعرضت له من هجمات ، فان ذلك لا يعطيها صفة مطلقة أو جامدة .

فيراعى من ناحية ، أن هذه التفرقة ليست بالتفرقة المحتومة اللازمة التى لا يخلو منها نظام أو شريعة من النظم أو الشرائع القانونية المختلفة ، بل هى تفرقة نسبية تعرفها بعض هذه النظم والشرائع دون بعض ٠ ولذلك كانت مجهولة فى الشريعة الاسلامية وفى القانون الكنسى الكاثوليكى ٠ وهى فى العصر الحاضر ، اذا كانت معروفة مسلمة فى أغلب القوانين ، الا أنها تكاد تكون مجهولة من القوانين الانجلوسكسونية(١) ٠

ويراعى من ناحية ثانية ، أن وجود هذه التفرقة والتسليم بها لا يمنع من وجود فروع للقانون يستعصى اعتبارها من القانون العام أو من القانون الخاص على حدة ، اذا كانت بعض قواعدها تتعلق بتنظيم السلطات العامة وحق السيادة فى الجماعة وبعضها الاخر لا يتعلق بذلك . ووجود مثل هذه الفروع المختلطة للقانون ليس فيه ما يطعن أو ينقض التفرقة الاساسية بين القانون العام والقانون الخاص ٠ واذا كان الفقة يجرى عادة على ادراج بعض هذه الفروع المختلطة تحت القانون العام أو تحت القانون الخاص وحده رغم

---

(١) Morellet, article précité, pp. 140 - 141.

انتمائها الى القانونين فى آن واحد ، فما ذلك الا اعتبارا بالغرض الاساسى منها والصفة الغالبة لقواعدها .

ويراعى أخيرا ، أن وجود هذه التفرقة والتسليم بها لا يعنى أنها تفرقة جامدة ثابتة الحدود ، بل هى تفرقة مرنة تخضع فى الزمان والمكان لما يعتبر وما لا يعتبر من حق السيادة فى الجماعة (١) .

المبحث الثانى

فروع القانون العام

٢٩ — تقسيم

يجرى الفقهاء على تقسيم القانون العام الى قسمين كبيرين، القانون العام الخارجى (Le droit public externe) ، والقانون العام الداخلى (Le droit public interne) . واذا كان القانون العام الخارجى ، وهو المعروف باسم « القانون الدولى العام » ، مشكوكا فى اعتباره قانونا بالمعنى الصحيح، فان ذلك يقتضى مناقشة صفته القانونية . أما القانون العام الداخلى ، فتندرج تحته فروع متعددة تبعا لتنوع المسائل المتصلة بالسيادة أو السلطة العامة فى الجماعة ، مما يقتضى بيان هذه الفروع وأهميتها .

المطلب الأول

القانون العـــام الخارجى

٣٠ — مدى اعتبار القانون العام الخارجى قانونا بالمعنى الكامل

القانون العام الخارجى هو المعروف باسم « القانون الدولى العـــام » le droit international public ، ويقصد به الدلالة على مجمـــوع

---

(١) De La Morandière, Introduction à l'étude du droit civil français, L'ouvrage collectif précité, t. I, p. 136.

القواعد القانونية التى تحكم علاقات الدول بعضها ببعض فى الحرب والسلم على السواء ٠

والقانون الدولى العام منازع فى اعتباره قانونا بالمعنى الصحيح ، على أساس عدم صدوره عن سلطة سياسية عليا تملك التشريع بين الدول ، وتخلف الجزاء الجبرى عند مخالفة قواعده(١) ٠

ونظرتنا الى هذا القانون — كما سبق البيان — أنه قانون لم تتوافر له بعد صفة القانون الوضعى الكامل ٠ ولكننا لا نؤسس ذلك على انعدام وجود هيئة تشريعية عليا تملك التشريع فى المحيط الدولى ، فالتشريع ليس الا مجرد مصدر بين المصادر الرسمية الاخرى للقانون ، بحيث لايفيد تخلفه عدمقيام القانون ٠ ولذلك فالى حين قيام مثل هذه الهيئة التشريعية ، بل حتى بعد قيامها ، يستطيع العرف الدولى أن يلزم الدول بالقواعد القانونية فى شان علاقاتها بعضها ببعض ٠

وانما نؤسس عدم كمال وضعية القانون الدولى العام على الواقع المسلم من أن قواعده غير مكفول احترامها بقوة الاجبار الجماعى ، وهو شرط جوهرى لوجود قانون بالمعنى الكامل كما سبق البيان ٠ فلا توجد بعد فى المجتمع العالمى هيئة تنزل الدول منها منزلة الافراد من الحكومات فيكون لها من القوى المادية القاهرة ومن السلطان على الدول جميعا ، ما تملك معه توقيع الجزاء على كل دولة تخرق قواعد القانون الدولى العام ٠ فالى حين وجود سيادة عالمية موحدة تعلو السيادات الوطنية المتعددة وتملك عليها حق الامر والجبر دون معقب ، لا يمكن اعتبار قواعد القانون الدولى العام قواعد قانونية وضعية كاملة أى قواعد مطبقة فعلا فى المحيط الدولى، لانها ليست بعدبالقواعدالملزمة الزاما جبريا للدول ، فتستطيع كل دولة المخالفة عنها دون أن تجد اجبارا

---

(١) انظر فى عرض هذا الرأى المنسوب الى الفقيه الانجليزى أوستن :

Friedmann, Legal theory, 1944, pp. 137 - 139. — Gray, The nature and sources of the law, 1948, pp. 130, 131.

جماعيا يحملها على احترام أحكامها . فهى قواعد اذن لم تبلغ بعد نهاية التطور الكامل الذى وصلت اليه قواعد القانون الداخلى(١) .

وقد بذلت محاولات عديدة لايجاد هيئة عالمية لها حق السيادة على الدول بما يؤكد صفة الالزام الجبرى لقواعد القانون الدولى العام ، ولكنها باءت كلها بالفشل حتى الان . فليس فى وجود « الامم المتحدة » القائمة حاليا ما يعنى وجود مثل هذه الهيئة . فهى لا تضم الدول جميعا ، ولاى دولة من اعضائها حق الانسحاب منها ، وهى لا تباشر على اعضائها من الدول سلطات سيادة بالمعنى الصحيح ، وقرارات جمعيتها العمومية بمثابة التوصيات ، وقرارات مجلس الامن فيها عرضة للتعطيل بما تملك بعض الدول من أعضائه الدائمين — وهى الدول الكبرى التى تتجرأ عادة على مخالفة قواعد القانون الدولى — من حق الاعتراض عليها .

المطلب الثانى

القانون العام الداخلى

٣١ — تعريف وتقسيم

يقصد بالقانون العام الداخلى مجموع القواعد القانونية التى تحكم العلاقات المتصلة بحق السيادة فى الجماعة داخليا لا خارجيا ، أى تلك التى تحكمها يتصل بالسيادة الداخلية فى الدولة دون السيادة الخارجية فى علاقات الدولة بغيرها من الدول .

وتندرج تحت القانون العام الداخلى فروع مختلفة تبعا لاختلاف الموضوعات التى يعرض لها ، هى : القانون الدستورى ، والقانون الادارى ، والقانون

---

(١) فى هذا المعنى :
Del Vecchio, op. cit., pp. 300, 301. — Dabin ,op. cit., No. 38. — Gray, pp. 131, 132.
محمد على امام ، محاضرات فى نظرية القانون ، ١٩٥٤ ، فقرة ٢٥ . — عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرة ٤٠ .

المالى ، والقانون الجنائى أو الجزائى · فنعرض فيما يلى بايجاز لهذه الفروع المتعددة :

٣٢ ــ القانون الدستورى

نجد القانون الدستورى (le droit constitutionnel) فى الطليعة من فروع القانون العام الداخلى ، فهو مجموع القواعد التى تحدد نظام الحكم فى الدولة ، وتبين السلطات العامة فيها وهى عادة السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية ، وتوزع الاختصاصات فيما بينها وتحدد علاقات التعاون أو الرقابة بين بعضها البعض ، وتنص على ما للافراد من حريات عامة وحقوق قبل الدولة التى تلتزم بكفالتها واحترامها ·

وقد سبق أن أشرنا الى تشكيك بعض الفقهاء فيما للقانون الدستورى من صفة قانونية كاملة ، بدعوى فقدان قواعده صفة الالزام الواجبة لكل قواعد القانون · اذ لا يتصور فيما يقولون ـ والدولة هى التى تملك وتحتكر سلطان الجزاء والاجبار ـ أن تشرعه فى وجه نفسها ان خالفت قواعد ذلك القانون (١) . فضلا عن أن التزام الدولة باحترام الدستور ليس التزاما قانونيا بالمعنى الصحيح ، وانما هو التزام أدبى أو أخلاقى محض لا يجد جزاء على خرقة الا مجرد جزاء أدبى أو أخلاقى كذلك(٢) ·

وهذا النظر نظر قاصر ، من حيث أنه يغفل ما لقواعد القانون الدستورى من طبيعة خاصة تشكل صور الجزاء والاجبار فيه بشكل مختلف عن صور الجزاء والاجبار فى فروع القانون الاخرى · فالقانون الدستورى يفترض وجود سلطات مختلفة فى الجماعة ، ولما كانت مخالفة قواعده قد تقع من احداها فالجزاء أو الاجبار لا يتصور اذن الا فى صورة رقابة متبادلة بين هذه

---

(١) أنظر فى الاشارة الى هذه الحجة :
Del Vecchio, op. cit., p. 298.

(٢) يقول بهذه الحجة الفقيه الانجليزى « أوستن » Austin ، انظر فى الاشارة الى ذلك : سعد عصفور ، مقدمة القانون الدستورى ، ص ٩ ·

السلطات ٠ فيكون للسلطة التنفيذية مثلا حق حل المجلس التشريعى ، ويكون للمجلس التشريعى حق اسقاط الحكومة الممثلة للسلطة التنفيذية ، ويكون للمحاكم حق الغاء التشريعات المخالفة للقانون أو للدستور ، أو على الاقل حق الامتناع عن تطبيقها ٠ فان لم تفلح هذه الرقابة ، ارتد الامر الى مصدر هذه السلطات وهو الشعب ، فيستقل حينئذبكفالةاحترام قواعد القانونالدستورى بنفسه بما يملك من وسائل سلمية أو ثورية .

هذا فضلا ، عن أن هذا النظر يشوه وظيفةالدولة فيصورها علىأنها جهاز جبر وقوة ، بينما الدولة لا توجد الا لخدمة القانون واعمال حكمه وكفالة احترام قواعده بما يحقق المقصود منه من اقامة نظام عادل فى الجماعة ، ولذلك كان احترام القانون هو أول واجباتها ٠ فليس القانون هو قانون الدولة تتحلل من احترامه كما تشاء ، وانما الدولة هى «دولة القانون» تلتزمه وتتقيد باحكامه ٠ ولذلك فان الاجبار متصور فى حق السلطات العامة التى تخرق القانون . فيملك الافراد مقاضاتها والتوصل الى ابطال أو اهدار تصرفاتها غير المشروعة أو غير الدستورية ، وحينئذ تلتزم السلطة التنفيذية ـ طبقا لوظيفتها ـ بالقيام بتنفيذ الاحكام الصادرة بذلك حتى ولو كانت ضدها ٠

ومن ذلك كله ينكشف فساد هذا الرأى ، وتستبين الصفة القانونية الكاملة ثابتة للقانون الدستورى ٠

٣٣ ـ القانون الادارى

يقصد بالقانون الادارى le droit administratif مجموع القواعـد التى تحكم تكوين السلطة الادارية ونشـاطها فى أداء وظيفتها من القيـام على أمر المرافق العامة تحقيقا للصـالح العـام ، وتذرعها فى سـبيل ذلك بحقوق وامتيازات السلطة العامة التى لا يتمتع بمثلها الافراد ٠ وبمقتضى هذه الحقوق والامتيازات ، تمارس السلطة الادارية نشاطها عادة عن طريق ما تصدره من أوامر وقرارات ٠

وضمانا لحقوق الافراد ، وكفالة لحسن قيام السلطة التنفيذية أو الادارية

بوظيفتها دون انحراف أو خروج على القانون ، لا بد من ايجاد وسيلة فعالة للرقابة على الاعمال والاوامر الادارية ، بما يمكن ـ فى حال عدم مشروعيتها أو انحرافها ـ من الغائها أو وقف تنفيذها أو التعويض عن الاضرار الناشئة عنها بحسب الاحوال ٠

واذا كانت السلطة القضائية العادية تبدو مهيأة لتحقيق مثل هذه الرقابة ، الا أنه يعترض على ذلك عادة بمبدأ فصل السلطات ، بما يعنيه من وجوب امتناع السلطة القضائية العادية عن التدخل فى أعمال السلطة التنفيذية لتمكين هذه السلطة الاخيرة من أداء وظيفتها فى حرية واستقلال ٠

لذلك جرى الحال فى كثير من الدول الحديثة ـ وبخاصة فرنسا ـ على انشاء هيئة مستقلة لتحقيق مثل هذه الرقابة تكون جهة قضاء ادارى مستقلة ٠ وقد سلكت مصر هذا المسلك منذ وقت غير بعيد . فأنشأ المشرع المصرى « مجلس الدولة » سنة ١٩٤٦ ، ويتألف هذا المجلس من أقسام ثلاثة : قسم الرأى ، وقسم التشريع ، وقسم القضاء الذى يضم ما يعرف باسم « المحاكم الادارية » ٠ وقد نهضت هذه المحاكم منذ نشأتها بواجبها فى رقابة الاعمال والاوامر الادارية على وجه يمنع انحراف الادارة ويكفل حقوق الافراد .

٣٤ ـ القانون المالى

كان يعتبر دخلا فى نطاق القانون الادارى الى قريب ما يسمى بالقانون المالى le droit financier ، على اعتبار أنه يتضمن القواعد التى تحكم مالية الدولة من حيث تحديد مصروفاتها ووجوه انفاقها ، وبيان ايراداتها ومصادر هذه الايرادات المختلفة . ولكن القانون المالى استقل اليوم عن القانون الادارى وأصبح فرعا قائما بذاته من فروع القانون العام الداخلى .

٣٥ ـ القانون الجنائى

ويدخل كذلك فى نطاق القانون العام الداخلى ، القانون الجنائى (le droit criminel) . وهو يتفرع الى الفرعين الآتيين :

(١) **قانون العقوبات** (le droit pénal) وهو يتضمن قواعد موضوعية تحدد الجرائم وتعين العقوبات عليها ، وتبين شروط المسئولية الجنائية وظروف الاعفاء أو التخفيف منها · وسنرى من بعد أن هذه القواعد لا تفرض الا بنص تشريعى ، فليس للعرف فى فرضها أدنى نصيب ·

واذا كان قانون العقوبات يعتبر عند جمهور الفقهاء من فروع القانون العام الداخلى (١) ، الا أن بعض الفقهاء يرى اعتباره قانونا مختلطا يدخل — فى نفس الوقت — فى نطاق القانون العام والقانون الخاص على السواء (٢) · اذ يرون أن قانون العقوبات ، اذا كان يقوم على فكرة الدفاع عن المجتمع فيعتبر من هذا الوجه من فروع القانون العام ، الا أنه فى أغلب قواعده انما يعاقب على جرائم تقع على الافراد أنفسهم وتضر بحقوقهم ومصالحهم الخاصة · فضلا عن أن اعمال قواعد هذا القانون بالمطالبة بالعقاب ليس وقفا على السلطة العامة فى الجماعة وحدها ، بل أن للافراد كذلك فى بعض الحالات الحق فى هذه المطالبة عن طريق تحريك الدعوى العمومية ، وبذلك يبدو قانون العقوبات كضمانة لحقوق الافراد ومصالحهم ، مما يجعله داخلا من هذا الوجه فى نطاق القانون الخاص ، وهو ما يبرر اعتباره فى مجموعه قانونا مختلطا ·

ولكن هذا الرأى محل نظر . فيراعى أن الجرائم ، مهما كان نوعها ومهما كان الضرر الناشيء عنها واقعا مباشرة على الافراد أنفسهم أو على حقوقهم ومصالحهم الخاصة ، انما تعتبر موجهة ضد الجماعة اذ هى اخلال خطير بالامن والطمأنينة فيها · ومن أجل ذلك ، كانت السلطة العامة فى الجماعة هى

---

(١) Garraud, Traité théorique et pratique du droit pénal français, t. I, 3ème éd., No. 28. — Donnedieu de Vabres, Traité de droit criminel et de législation pénale comparée, 3ème éd., No. 2.

محمد كامل مرسى والسعيد مصطفى السعيد ، شرح قانون العقوبات المصرى الجديد ، الطبعة الثانية ، ١٩٤٣ ، ص ١ . — عبد الرازق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ١٨٦ . — عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرة ٤٩ .

(٢) Roubier, op. cit., No. 30, pp. 263, 264. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 45, p. 70.

المستقلة أصلا بمباشرة الدعوة العمومية ضد المجرم للمطابة بعقابه . فلا يملك المجنى عليه ـ الا فى أحوال استثنائية محدودة لا وزن لها فى هذا الشأن ـ رفع هذه الدعوى أو النزول عنها أو اعفاء المجرم من العقاب بالصفح عنه ، اذ الدعوى العمومية والعقاب انما هما حق المجتمع لا حق المجنى عليه (١) .

٢ ـ قانون الاجراءات الجنـائية droit d'instructions criminelles

وهو يتضمن قواعـد شكلية تبين اجراءات ضبط الجرائم والتحقيق فيهـا واجراءات المحاكمة الجنائية ، وطرق تنفيذ العقوبات المحكوم بها . فهو اذن قانون شكلى أن أجرائى يلزم وجوده لاعمال وتطبيق القانون الموضوعى أى قانون العقوبات (٢) .

المبحث الثالث

فروع القـانون الخاص

٣٦ ـ تعريف وتمهيـد

القانون الخاص هو مجموع القواعد التى تحكم العلاقات بين الافراد بوصفهم أفرادا ، أو بمعنى أدق مجموع القواعد التى تحكم العلاقات التى لا تتصل بحق السيادةأو بتنظيم السلطة العامة فى الجماعة . فالدولة حينتدخل فى علاقات بصفتها شخصا معنويا عاديا لابصفتها صاحبة السيادة والسلطان فى الجماعة ، تحكمها قواعد القانون الخاص لاقواعد القانون العام .

---

(١) انظر فى هذا المعنى :

De La Gressaye et Laborde - Lacoste, Introduction générale à l'étude du droit, 1947, No. 150. — Gerraud, ibid.

عبد الرازق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، عبد الفتاح عبد الباقى ، المواضع السابقة . ـ محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، فقرة ٩٥ .

(٢) يذهب بعض الفقهاء الى اعتبار قانون الاجراءات الجنائية أو الجزائية قانونا مختلطا تفريعا على ما يرونه فى هذا الشأن خاصا بكل قوانين الاجراءات (Roubier, op. cit., p. 294.) بينما يذهب بعض آخر من الفقهاء الى أن هذا القانون ، باعتباره قانونا شكليا، لا يدخل فى نطاق القانون العام ولا فى نطاق القانون الخاص (أحمد مسلم ، المقال السابق ، ص ٧٩ هامش رقم « ١ ») .

والقانون المدنى هو أساس القانون الخاص. غير أن ثم فروعا أخرى تفرعت عليه لتحكم علاقات وموضوعات معينة ظهرت الحاجة الى وضع قواعد خاصة بها غير قواعد القانون المدنى ، نظرا لاتصالها بمهنة أو نشاط معين ، كالقانون التجارى والقانون البحرى وقانون العمل .

٣٧ ـ القانون المدنى

دعامة القانون الخاص هو القانون المدنى le droit civil ، اذ هو الشريعة العامة فى علاقات القانون الخاص ، بمعنى أنه هو المرجع حيث لا توجد فى فروع القانون الخاص الاخرى قواعد بشأن العلاقات التى تحكمها فضلا عن أنه يتوجه الى جميع الافراد دون استثناء ، اذ هو يتوجه اليهم بصفتهم أفرادا دون نظر الى احتلاف طوائفهم ومهنهم على خلاف الفروع الاخرى للقانون الخاص . فهو يحكم علاقة الفرد بأسرته بما يضع من قواعد الاحوال الشخصية ، وهو يحكم العلاقات المالية بما يضع من قواعد المعاملات أو الاحوال العينية .

غير أن قواعد الاحوال الشخصية ما تزال ، فى القوانين العربية المختلفة عموما ، خارجة عن نطاق القانون المدنى خضوعا للتقاليد القديمة المستقرة التى تترك حكمها للاديان المختلفة . ولذلك لا يتضمن التقنين المدنى المصرى أساسا الا قواعد الاحوال العينية وحدها دون قواعد الاحوال الشخصية .

٣٨ ـ القانون التجارى

يقصد بالقانون التجارى le droit commercial ، مجموع القواعد التى تحكم العلاقات التجارية ، أى العلاقات بين التجار بوصفهم تجارا أو العلاقات المتعلقة بأعمال تجارية .

وقد دعا الى ظهور القانون التجارى ـ كفرع مستقل من فروع القانون الخاص ـ ازدياد التجارة وانتشارها والحاجة الى تنميتها ، مما يقتضى ضرورة اخضاع العلاقات التجارية لقواعد خاصة غير القواعد العامة الموجودة

فى القانون المدنى ، تعين على تحقيق ما تتطلبه المعاملات التجارية من سرعة وقوة ائتمان · ومع ذلك فالصلة غير منقطعة بين القانون التجارى والقانون المدنى ، اذ يظل الاخير معتبرا هو الاصل والاول هو الفرع ، فحيث تفتقد فى القانون التجارى قواعد خاصة ببعض العلاقات التجارية ، ترتد الولاية فى شأنها الى القانون المدنى باعتباره الشريعة العامة فى نطاق العلاقات الخاصة ·

ومن أمثلة قواعد القانون التجارى التى يبدو فيها احلال عامل السرعة فى المعاملات التجارية محل الاعتبار ، القاعدة التى تجعل اثبات التصرفات القانونية التجارية أيا كانت قيمتها طليقا من قيد الكتابة ، فيقبل اثباتها بالبينة والقرائن القضائية . وهذه القاعدة التى تمليها طبيعة المعاملات التجارية ترد على خلاف المقرر عموما فى المعاملات المدنية من تطلب الاثبات بالكتابة فى شأن وجود أو انقضاء التصرفات القانونية التى تزيد قيمتها على قدرمعين.

ومن أمثلة قواعد القانون التجارى التى يقصد من ورائها كفالة ما تحتاجه المعاملات التجارية منقوة ائتمان ، القاعدة التى تقضى بافتراض التضامن بين المدينين افتراضا لا يحتاج الامر معه الى اتفاق أو نص فى القانون عليه · فهذه القاعدة تمكن الدائن فى المعاملات التجارية من مطالبة أى واحد من المدينين بكل الدين ، فتقيله بذلك من عناء مطالبة كل منهم بنسبة حصته فى الدين ، وتجنبه مخاطر مثل هذا التقسيم فى المطالبة · وهذه القاعدة التى تمليها ضرورة زيادة ضمان الدائن وائتمانه فى المعاملات التجارية ، ترد على خلاف الاصل المقرر فى المعاملات المدنية من أن التضامن بين المدينين لا يستنتج أو يفترض ، وانما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون (م ٢٧٩ مدنى) ·

واذا كان القانون التجارى مسلما اعتباره منذ قديم من فروع القانون الخاص ، فيذهب بعض الفقهاء الحديثين رغم ذلك الى اعتباره قانونا مختلطا ، على أساس أن بعض قواعده — الى جانب أغلبها المتصل بالقانون الخاص — تتصل بالقانون العام ، كتلك التى تتعرض لتنظيم الغرف والبورصات التجارية وحرية التجارة ونظام المنافسة الحرة وأنظمة التجارة الخارجية

والجمارك (١) • ولكن هذا الرأى يغفل أن هذه القواعد انما تدور كلها حول النشاط التجارى الخاص للاشخاص ، فضلا عن أنها تندرج فى الواقع تحت بعض فروع القانون العام فلا تعتبر جزءا حقيقيا من القانون التجارى رغم تعلقها بالتجارة •

٣٩ ـ القانون البحرى

يقصد بالقانون البحرى (le droit maritime) مجموع القواعد القانونية المتعلقة بالملاحة البحرية • فيعرض للسفينة وما يرد عليها من حقوق باعتبارها وسيلة هذه الملاحة ، وللملاحين القائمين على أمرها وما يحكمهم من عقد العمل البحرى بقواعده الخاصة ، ولمسئولية مالك السفينة ، وللائتمان البحرى من رهن وامتياز ، وللنقل البحرى وما يتصل به من مسئولية الناقل ، وللتأمين البحرى •

وموضوعات هذا القانون ، تجعله — كما هو واضح — فرعا من فروع القانون الخاص ، وهو المسلم لدى جمهور الفقهاء • ولكن ذلك لم يمنع بعض الفقهاء المعاصرين من محاولة النظر اليه كقانون مختلط ، باعتبار أن ثمأنظمة وقواعد خاصة بالملاحة تتصل بالقانون العام كذلك ، مثل ما يتعلق بجنسية السفن وتنظيم الموانى والارشاد فيها وحرية الملاحة البحرية وسلامتها(٢) . ولكن الواقع أن مثل هذه القواعد ، ان كانت تمس الملاحة البحرية ، فهى أدخل فى نطاق بعض فروع القانون العام ، كالقانون الادارى والقانون الدولى العام ، منها فى نطاق القانون البحرى •

٤٠ ـ قانون العمل

يقصد بقانون العمل (le droit du travail) ، مجموع القواعد القانونية التى تحكم العلاقات القانونية المتعلقة بالعمل التابع المأجور أى بالعمل

---

(١) Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 44, p. 67. — Roubier, op. cit., No. 30, p. 256.

(٢) Marty et Raynaud, op. cit., No. 44, p. 68.

الذى يقوم به أشخاص مقابل أجر لحساب أشخاص آخرين وتحت توجيههم ورقابتهم . وهذا الفرع من فروع القانون حديث النشأة نسبيا . فقد خلقت الثورة الصناعية ، التى حدثت فى العالم عقب استعمال الالات الحديثة ، طبقة جديدة فى المجتمع هى طبقة العمال ، وكان المذهب السائد حينئذ هو المذهب الفردى بما يستتبع من مبدأ سلطان الارادة . وسنرى من بعد ما جره اتباع مثل هذا المذهب وذلك المبدأ من تحكم الاقوياء فى الضعفاء واستغلال أرباب الاعمال للعمال باسم الحرية والمساواة فى التعاقد والاتفاق . ولم يكن بد أمام ما بدا من هذا التحكم ، وأمام ما أخذ يظهر ويكبر من قوة العمال وخطر ما يملكون من وسائل للدفاع عن حقوقهم ، لم يكن بد من أن يكتب النجاح للمذهب الاجتماعى أو الاشتراكى ، أو بوجه عام للمذاهب التى تقوم على أساس من تدخل الدولة بما يكفل منع انقلاب حرية التعاقد وسلطان الارادة سلاحا فى أيد أرباب الاعمال يشهرونه فى وجه العمال نظرا لما يملكون من قوة اقتصادية جبارة تمكنهم من املاء ما يريدون من شروط .

ولم تلبث حركة التشريع أن نشطت نشاطا موفورا فى التصدى بنصوص آمرة لحكم العلاقات بين العمال وأرباب الاعمال بما يكفل حقوق الطبقة العاملة . وانتهى الامر الى ظهور قانون العمل وتمتعه بكيان ذاتى كفرع مستقل من فروع القانون (١) .

ولم تعرف مصر تشريعات العمل الا بقدر جد ضئيل فى مطلع القرن الحالى عندما ابتدأ ظهور الصناعة فيها . ثم أتيح لحركة التشريع العمالى أن تنشط فيها قبيل نشوب الحرب العالمية الثانية وأثناءها وأن تزداد بعدها أمام انتشار الصناعة وازدياد قوة العمال . ولكن تشريعات العمل ظلت تشريعات متفرقة متناثرة تفتقد التنسيق الواجب بينها . ثم تمكن المشرع عقب قيام الجمهورية العربية المتحدة من انهاء هذا الوضع ومن التطور بتشريع العمل التطور

---

(١) راجع فى نشأة وتطور قانون العمل : كتابنا « أصول قانون العمل » ، الجزء الاول فى عقد العمل ، ١٩٦٤ ، ص ١٧ وما بعدها .

المناسب للوعى الاشتراكى النامى ، فأصدر تقنينا أو تشريعا جامعا لمسائل العمل ، هو القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ المسمى « قانون العمل »(١) .

ورغم أن الاصل هو اعتبار قانون العمل فرعا من فروع القانون الخاص ، الا أن بعض الفقهاء اعتبره من فروع القانون العام بالنظر الى طغيان القواعد القانونية الامرة فيه . ولكننا سبق أن أظهرنا عدم جدوى الاعتداد بالصفة الامرة لقواعد قانون ما لتكييفه بأنه من فروع القانون العام (٢) . وذهب بعض آخر من الفقهاء الى اعتبار قانون العمل قانونا مختلطا ينتمى الى القانون العام والى القانون الخاص على السواء ، اذ رغم انتماء قانون العمل الى القانون الخاص لقيامه على أساس وجود علاقة من علاقات العمل الفردية الخاصة ، فان بعض نظمه وقواعده التى تمخض عنها تطوره الحديث تتعلق بالقانون العام ، مثل : نظام مكاتب تخديم العاطلين ، ونظام التحكيم فى منازعات العمل الجماعية ، ونظام التفتيش على أماكن العمل ، وقواعد التجريم والعقوبات فى شأن مخالفة أحكامه (٣) . واذا كان صحيحا تعلق مثل هذه النظم والقواعد بالقانون العام ، الا أنها أدخل فى الواقع فى نطاق بعض فروع القانون العام المعروفة ـ كالقانون الادارى وقانون العقوبات ـ منها فى نطاق قانون العمل ، رغم جمعها مع قواعد قانون العمل الجوهرية فى صعيد واحد خضوعا لمقتضيات الدراسة أو التشريع . فضلا عن أن المناط فى تحديد طبيعة قانون من القوانين يكون بطبيعة قواعده الاساسية الاصلية بالنظر الى ماتحكمه من موضوعات ، رغم ما قد يكون لبعض قواعده المساعدة أو التكميلية من طبيعة مختلفة ، وواضح أن المحور الاسلسى لقانون العمل ، وهو الذى تدور حوله حتى

---

(١) راجع فى تطور قانون العمل فى مصر : كتابنا « أصول قانون العمل » سالف الذكر ، ج ١ ، ص ٣٣ وما بعدها .

(٢) فى هذا المعنى :

Roubier, op. cit., No. 30, p. 257. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 44. — Durand et Jaussaud, Traité de droit de travail, t. I, 1947, Nos. 199, 200.

مثل هذه النظم والقواعد ، انما يتركز فى علاقات العمل وهى علاقات خاصة لا تتعلق بحق السيادة فى الدولة ولا بتنظيم السلطات العامة فيها ، ولذلك يجب اعتباره على هذا الاساس فرعا من فروع القانون الخاص (١) .

المبحث الرابع

فروع القانون المختلطة

٤١ ــ تقسيم

سبق أن أشرنا الى أن بعض فروع القانون تنتمى الى القانون العام والى القانون الخاص معا ، فتكون مختلطة النوع ، والى أنه ليس فى وجودها على هذا النحو ما يطعن أو ينقض التفرقة الاساسية بين القانون العام والقانون الخاص . ورغم كثرة فروع القانون التى يسبغ عليها البعض الصفة المختلطة، لا نرى هــذه الصفة ثابتة فى الحقيقة الا للقانون الدولى الخاص ولقانون المرافعات المدنية والتجارية .

٤٢ ــ القانون الدولى الخاص

الاساس فى القانون الدولى الخاص (Le droit international privé) أنه يتصــدى لبيان مدى ولاية واختصاص المحاكم الوطنيــة بالمنازعات فى العلاقات ذات العنصر الاجنبى ، ولتحديد القانون الواجب التطبيق فى شأنها.

فالقانون الدولى الخاص اذن يفترض وجود علاقات أو روابط قانونية ذات عنصر أجنبى . ذلك أن العلاقات والروابط الوطنية فى كل عناصرها لا تثير أى خلاف حول الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى فى شأنها، فالولاية القضائية حينئذ لا تثبت الا للمحاكم الوطنية ، والقانون الواجب التطبيق يكون

---

(١) راجع فى ذلك :

كتابنا « أصول قانون العمل » سالف الذكر ، ج ١ ، ص ٦٥ و ٦٦ ــ وكتابنا « أصول القانون » ، هامش « ١ » ص ٩٤ .

هو القانون الوطنى وحده بقواعده الموضوعية والشكلية • وعلى هذا النحو تكون المحاكم المصرية وحدها هى المختصة ويكون القانون المصرى وحده هو الواجب التطبيق فى شأن زواج يعقد فى مصر بين مصريين وفى شأن بيع يعقد بين مصريين فى مصر ويكون واردا على عقار موجود فى مصر ، وفى شأن ميراث مصرى يتوفى فى مصر عن أموال موجودة فيها •

انما يثور الخلاف بصدد العلاقات والروابط التى يصطبغ أحد عناصرها بصبغة أجنبية ، اذ يقوم التنازع حينئذ بين المحاكم الوطنية والمحاكم الاجنبية على الولاية القضائية فى المنازعات الناشئة عنها ، ويقوم التنازع كذلك بين القانون الوطنى والقانون أو القوانين الاجنبية على أيها أحق بالتطبيق فى شأنها •

فاذا تم زواج فى فرنسا مثلا بين مصرى ومصرية ثم نشأ نزاع بشأنه ، هل تكون المحاكم المصرية هى المختصة بنظره باعتبارها محاكم جنسية الزوجين ، أم تكون المحاكم الفرنسية هى المختصة باعتبارها محاكم الدولة التى تم فيها عقد الزواج ؟ واذا ثبت الاختصاص للمحاكم المصرية ، فأى قانون تطبق ؟ هل تطبق القانون المصرى باعتباره قانون جنسية أطراف العلاقة ؟ أم تطبق القانون الفرنسى باعتباره قانون التصرف المنشىء لهذه العلاقة ؟ • واذا باع ألمانى مصريا عقارا موجودا فى ايطاليا وتم عقد البيع فى مصر وثار نزاع بشأن هذا البيع من بعد ، فلاى من المحاكم : المصرية أو الالمانية أو الايطالية ، يثبت الاختصاص بنظره ؟ • واذا ثبت الاختصاص لاحداها فأى قانون تطبق ؟ • القانون الايطالى باعتباره قانون موقع العقار محل العلاقة القانونية ؟ أم القانون المصرى باعتباره قانون جنسية المشترى وقانون التصرف المنشىء لهذه العلاقة أى قانون الدولة التى عقد فيها عقد البيع ؟ • أم القانون الالمانى باعتباره قانون جنسية الطرف الاخر فى العلاقة وهو البائع ؟

فكيف يتم حل التنازع على الاختصاص القضائى والاختصاص التشريعى بين المحاكم والقوانين المختلفة السيادة بشأن العلاقات والروابط ذات العنصر

الاجنبى ؟ · لا توجد فى الواقع قواعد دولية أى عالمية تتصدى لحل مثل هذا التنازع حلا موحدا تتبعه كل الدول · وانما جرى الامر على استقلال كل دولة على حدة بوضع القواعد التى تراها كفيلة بحل هذا التنازع ، وهذه القواعد هى التى تكون أساسا ما يعرف باسم « القانون الدولى الخاص ». وغنى عن البيان أن فى وصف هذه القواعد بصفة الدولية تجاوزا كبيرا ، فليست هى بالقواعد المتبعة على شكل موحد فى كل الدول حتى يصدق فى شأنها هذا الوصف ، بل هى مجرد قواعد وطنية تستقل كل دولة بوضعها ، بحيث يكون لكل دولة قانونها الدولى الخاص المختلف عن القانون الدولى الخاص فى أى دولة أخرى فهناك القانون الدولى الخاص المصرى والقانون الدولى الخاص الانجليزى والفرنسى وهكذا .

وقواعد القانون الدولى الخاص فى دولة ما ، انما تقتصر — فى سبيل حل التنازع على الاختصاص القضائى بالمنازعات ذات العنصر الاجنبى — على تحديد مدى ولاية المحاكم الوطنية فى هذا الشأن،أى تقتصر على مجرد بيان ما اذا كانت هذه المحاكم مختصة أم لا ، فلا تعدو ذلك فى حال عدم اختصاصها الى تعيين المحكمة أو المحاكم الاجنبية المختصة .

ويختلف الامر عن ذلك فى صدد التنازع على الولاية التشريعية بين القوانين المختلفة السيادة على حكم المنازعات ذات العنصر الاجنبى ، اذ تعمد قواعد القانون الدولى الخاص فى كل دولة الى تحديد القانون الواجب التطبيق من بين هذه القوانين المتنازعة ، فلا تكتفى بتحديد مدى ولاية القانون الوطنى فى هذا الشأن بل تعين — فى حالة عدم ولايته — القانون الاجنبى الواجب التطبيق · ويطلق على قواعد القانون الدولى الخاص ، التى تتصدى لحل التنازع بين القوانين بتعيين القانون الواجب التطبيق من بينها ، اسم « قواعد الاسناد » (Règles de rattachement) · وقد جاءت هذه التسمية من طبيعة هذه القواعد ، فهى لا تقوم بحل المنازعات الخاصة بالعلاقات ذات العنصر الاجنبى حلا موضوعيا ، وانما تقتصر على مجرد الاحالة والاسناد فى شأن هذا الحل الى قانون معين من بين القوانين المتنازعة على حكمها. أى أن

قواعد القانون الدولى الخاص اذن لاتفصل مباشرة فى المنازعات ذات العنصر الاجنبى ، بل تكتفى بتعيين القانون الواجب التطبيق فى شأنها ، وهو الذى يتضمن وحده الحل الذى ينحسم به موضوعها ٠ فمثلا اذا توفى أمريكى متوطن فى مصر ، وعينت قواعد القانون الدولى الخاص المصرى أى قواعد الاسناد المصرية القانون الواجب التطبيق فى هذا الشأن بأنه القانون الامريكى ، فلا ينحسم بهذا التعيين النزاع حول تركة الامريكى المتوفى ، وانما ينحسم هذا النزاع بتطبيق قواعد القانون الامريكى الموضوعية المتعلقة بالميراث والوصية.

ومن أمثلة قواعد الاسناد المصرية ما تنص عليه المادة ١٢ من التقنين المدنى الحالى من أنه « يرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج الى قانون كل من الزوجين »،وماتنص عليه المادة ١٥ منه من أن « يسرى على الالتزام بالنفقة فيما بين الاقارب قانون المدين بها » . وما تنص عليه المادة ١٧ ــ ١ منه من أنه « يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت ، قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته » .

ولئن كان القانون الدولى الخاص يشتمل أساسا على موضوعى « تنازع الاختصاص القضائى » و « تنازع القوانين » ، الا أن كثيرا من الفقهاء قد أدخل فى نطاقه فضلا عن ذلك موضوع « الجنسية » و « حالة الاجانب » و «الموطن»،على أساس أن هذه الموضوعات الاضافية ليست الا مسائل أولية بالنسبة للموضوعين الاساسيين ٠ فلابد من تعرف جنسية أطراف العلاقة القانونية للوقوف على ما اذا كانت هذه العلاقة فى عنصرها الشخصى وطنية أو أجنبية ٠ ولابد من تعرف مدى ما يباح للاجانب التمتع به من حقوق ــ اذ يتمتعون غالبا بحقوق أدنى مما يتمتع به الوطنيون ــ لامكان الحكم لهم بها فى المنازعات التى يكونون أحد أطرافها ، وهى التى تتصدى قواعد القانون الدولى الخاص لحل التنازع على الاختصاص القضائى والتشريعي بشأنها . وكذلك الشأن بالنسبة للموطن ، فقد يتعين به الاختصاص القضائى أو التشريعى ٠ وتتفق القواعد القانونية التى تحكم هذه الموضوعات الاضافية مع القواعد التى تحكم الموضوعين الاساسيين فى أنها قواعد وطنية وليست بالقواعد الدولية،

ولكنها تختلف عنها فى أنها قواعد موضوعية فليست مثلها قواعد شكلية أو قواعد اسناد ٠

ولعل كون الاساس فى قواعد القانون الدولى الخاص هو وجود علاقات خاصة ذات عنصر أجنبى تتصدى لحل التنازع بين القوانين على حكمها ، هو الذى يبرر لدى بعض الفقهاء اعتبار هذا القانون فرعا من فروع القانون الخاص(١) ، رغم أن قواعده الخاصة بحل تنازع الاختصاص القضائى وقواعده الخاصة بالجنسية وبعض قواعده الخاصة بمركز الاجانب فى الدولة تتصل اتصالا وثيقا بحق السيادة فى الدولة مما تعتبر معه من قواعد القانون العام ٠

والواقع أن تعدد موضوعات القانون الدولى الخاص على هذا النحو الذى يأخذ به أغلب الفقهاء رغم اعتبار بعضها دخيلا عليه ، واتصال هذه الموضوعات بالقانون العام والقانون الخاص على السواء قد يرجح النظر الحديث اليه باعتباره قانونا مختلطا(٢) .

٤٣ — قانون المرافعات المدنية والتجارية

يقصد بقانون المرافعات المدنية والتجارية Le droit de procédure civile et commerciale فى معناه الواسع مجموع القواعد القانونية المنظمة للسلطة القضائية من حيث تعيين أنواع المحاكم وتشكيلها واختصاصها وشروط تنصيب قضاتها وواجباتهم وحقوقهم ،

---

(١) فى هذا المعنى :
Batiffol, Traité élémentaire de droit international privé, 1949, No. 22.

(٢) فى هذا المعنى :
Lerebours-Pigeonnière, Précis de droit international privé, 4ème éd., No. 46. Roubier, op. cit., No. 30, p. 265.

عز الدين عبد الله ، القانون الدولى الخاص المصرى . الجزء الاول ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٤ ، فقرة ٤٦ ، ص ٧٤ . — محمد كمال فهمى ، اصول القانون الدولى الخاص ، ١٩٥٥، فقرة ٥٢ ، ص ٥٧ .

والمبينــة للاجراءات والاوضاع الواجبة الاتبــاع فى رفع الدعاوى المدنية والتجارية والفصل فيها وتنفيذ الاحكام الصادرة فى شأنها . ولكن اذا أخذ هذا القانون بمعناه الخاص أو الضيق ، فان نطاقه يقتصر على مســائل الاجراءات وحدها ، وهو يعتبر على هذا الوجه قانونا شكليا يلزم وجوده لاعمال قواعد القانون المدنى والتجارى الموضوعية ٠

ولعل اختلاف مدلول هذا القانون ونطاقه بتراوحه بين المعنى الواسع والمعنى الضيق ، هو الذى أوجد اختلافا بينا فى الفقه حول طبيعة هذا القانون وتبعيته لاحد التقسيمين الرئيسيين ، فذهب كثير من الفقهاء الى اعتباره من فروع القانون الخاص(١) ، وذهب البعض منهم الى اعتباره من فروع القانون العام(٢) ٠

ولكن يبدو أن مسائل وموضوعات هذا القانون التى تدخل فى معناه الواسع من التشابك والترابط بحيث لا ينبغى الفصل بينها أو أخذ هذا القانون بالمعنى الضيق وحده ٠ ولذلك يبدو قانون المرافعات المدنية والتجارية على هذا النحو مختلطا(٣)،فهو يتعلق بالقانون العام حيث يعرض لتنظيم السلطةالقضائية ، وهو يتعلق بالقانون الخاص حيث يعرض لاجراءات استخلاص الحقوق الخاصة وحمايتها ٠

---

(١) Colin, Capitant et De La Morandière, Cours élémentaire de droit civil français, t. I, 11ème éd., 1947, t. I, No. 7.

عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ١٨٩ — عبد الفتــاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرة ٦١ ٠ — محمد على عرفه ، المرجع السابق ، ص ٢١٠٠

(٢) Riezler, Article précité, pp. 134, 135. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 151.

(٣) أنظر فى هذا المعنى :

أحمد أبو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٥ ، فقرة ٧ ٠ محمد على أمام ، محاضرات فى نظرية القانون ، ١٩٥٤ ، فقرة ٣٨ ، ص ٩٣ ٠

القسم الأول

النظـرية العامة للقـاعدة القانونية

٤٤ — تقسيم

عرضنا فى الباب التمهيدى للقانون ، كمجموع قواعد السلوك الملزمة للافراد فى المجتمع ، من حيث خصائصه ومدى سلطان ارادة الافراد ازاءه وأقسامه وفروعه المختلفة · ونستهدف الان التعرف على الاصول التى تحكم القاعدة القانونية وتهيمن عليها أيا كان نوع هذه القاعدة أو منشأها · وذلك يقتضى تتبع القاعدة القانونية فى مرحلة تكوينها ثم فى مرحلة تطبيقها ·

وبذلك يتضمن هذا القسم فرعين كبيرين :

الفرع الاول — فى تكوين القاعدة القانونية ·

الفرع الثانى — فى تطبيق القاعدة القانونية .



الفرع الأول

تكوين القاعدة القانونيـــة

مقدمة

٤٥ ـ تمهيد

تبدو القاعدة القانونية أول ما تبدو فى صوره تكليف الى الافراد تتوجه به سلطة (١) تملك التكليف والامر دون معقب ، وتكفل احترامه سلطة عامة فى الجماعة عن طريق ما يتوافر لها من قوى مادية لا تغلب · وتوجيه التكليف من سلطة مختصة آمرة وكفالة احترامه من سلطة مختصة مجبرة ، هو ما يعطى للقاعدة القانونية صفة الوضعية أو الفعلية .

ولكن كيف تتكون القاعدة القانونية ؟ · ومن أين تأتيها صفة الشرعية التى تجعل احترامها فى ذاتها فرضا على الافراد ؟

هنا يختلف الفقهاء والفلاسفة اختلافا بينا · فبعضهم شكليون لا ينظرون الا الى الشكل الذى تخرج به القاعدة القانونية الى الوجود فى صورة ملزمة ، فيرجعون تكون القاعدة القانونية الى السلطة التى اكتسبت هذه القاعدة عن طريقها قوة الالزام فى العمل · ولكن هذا النظر سطحى بحت يتعلق بالظاهر فلا ينفذ الى الباطن ليطلع على المادة الاولية المكونة لجوهر القاعدة القانونية . ومن هنا ، ينبغى التمييز ـ فى تكوين القاعدة القانونية ـ بين الجوهر والشكل · وتلك تفرقة يعتنقها اليوم جمهور الفقهاء منذ أكدها فى مطلع هذا القرن الفقيه الفرنسى « جينى » بتفرقته بين ما سماه « العلم » (La science) وبين ما

---

(١) المقصود بلفظ السلطة هنا المعنى العام الواسع ، أى كل جهة تملك حق التكليف بالقواعد القانونية أيا كانت هذه الجهة : فقد تكون هى الدولة تسن القواعد القانونية عن طريق التشريع ، أو تكون هى الجماعة عن طريق العرف ، أو تـكون هى القدرة الالهية عن طريق الوحى وباسم الدين ·

سماه « الصناعة » أو « الصياغة » (La technique) ، وهو ما ينتهى الى رد تكوين القاعدة القانونية الى نوعين من المصادر : مصادر موضوعية أو مادية من ناحية ، ومصادر شكلية أو رسمية من ناحية أخرى ·

فنعرض أولا للمذاهب الشكلية فى تكوين القاعدة القانونية ، ثم لنقد هذه المذاهب وهو ما ينتهى الى استبعادها والتفريق بين جوهر القاعدة القانونية وشكلها ، فيرتسم أمامنا ــ على ضوء هذه التفرقة ــ نهج البحث فى هذا الفرع ·

٤٦ ــ المذاهب الشكلية فى تكوين القاعدة القانونية(١)

اكتفى بعض الفقهاء بالنظر المحدود فلم يبصروا من القانون الا صفته الوضعية ، اذ رأوا ما يظهر فى الواقع من سلطة تأمر أيا كانت هذه السلطة ، ثم رأوا أن الدولة هى السلطة التى تملك جبر الافراد على طاعة قواعد القانون ، فقالوا أن القانون هو مشيئة الدولة أو هو بوجه عام مشيئة من له السيادة والسلطان فى المجتمع · فالدولة فى هذا النظر اذن هى التى تصنع القانون وتخلقه ثم تأخذ الافراد جبرا باتباعه ·

ومن ثم فالقانون ليس الا مجرد تعبير عن ارادة الدولة أيا كانت طريقة هذا التعبير بتشريع مسطور أو بعرف متبع أو بدين ينزل به الوحى · فلا قانون الا ما تعتبره الدولة كذلك أما بأمر يصدر منها صراحة فى صورة تشريع أو باقرار منها لامر جرت به ارادة أخرى كارادة الله أو ارادة الجماعة ، وكفالتها له بجزاء توقعه على من يخالفه · فالقاعدة القانونية اذن ليست شيئا كامنا فى طبيعة الحياة الاجتماعية وما يهيمن عليها من مثل عليا ، ولكنها شىء ظاهر تجرى به ارادة الدولة ومشيئتها ·

---

(١) راجع فى ذلك خاصة :

Roubier, op. cit., No. 6, pp. 42 - 50. — Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. I, 3e éd. 1937, No. 9, pp. 100 et s.

وقد ذهب هذا المذهب فى تصور القانون غير قليل من الفلاسفة والفقهاء ، على اختلاف يسير فى الجزئيات لا ينتقص من اتفاقهم على مبدأ رد القانون الى مشيئة الدولة ٠ ونكتفى فيما يلى بعرض مذهب كل من الفيلسوف « هيجل » والفقيه « أوستن » (١) ٠

(١) مذهب ((هيجل)) :

كان الفيلسوف الالمانى هيجل (Hegel) — وهو صاحب مذهب تأليه الدولة وتعظيم سلطانها (٢) على نحو تبعه فيه أغلب الفقهاء الالمان فيما بعد — يرى أن وجود الدولة أمر جوهرى لوجود جماعة منظمة ، وهو ما يقتضى أن يتلاشى الافراد فى الدولة وأن يخضعوا خضوعا تاما لهـــا . فأرادة الدولة هى التى يجب أن تسود ، لتحل النظام فى الجماعة محل الفوضى وتعترف للافراد بحقوقهم ، ووسيلتها الى ذلك وضع قانون للجماعة يلتزم به الافراد .

وبذلك يجد القانون أساسه وشرعيته — عند هذا الفيلسوف — من صدورد عن الدولة ، بحيث لا يتصور وجود قانون لا يصدر عن ارادتها أو فى الاقل لا يحظى باقرارها(٣)،وبحيث لا يتصور أن يـــكون للافراد حقوق الا تلك التى تقرها الدولة وتعترف لهم بها(٤) .

(٢) مذهب أوستن :

وكذلك كان الفقيه الانجليزى أوستن (Austin) لا يرى القانون الا

---

(١) وهناك مذاهب شكلية أخرى من أهمها مذهب « كلسن » (Kelsen) الذى كان يخلط خلطا تاما بين القانون والدولة ، فيعتبر الدولة مجموعة من القواعد القانونية (راجع فى عرض مذهبه وانتقاده : كتابنا أصول القانون ، ص ١١٠ — ١١٢) .

(٢) Duguit, op. cit., t. I, No. 51, p. 533.

(٣) اذا كان هيجل يعتبر القانون ارادة الدولة فى الداخل ، فانه يعتبره كذلك ارادتها فى الخارج بالنسبة الى علاقاتها مع الدول الاخرى . فسيادة الدولة ليست داخلية فحسب ، ولكنها خارجية كذلك ، اذ لا توجد ارادة أعلا من ارادة الدولة حتى تلزمها بسلوك معين أو تجبرها على اتباع هذا السلوك . وحينئذ تعتبر الحرب هى وسيلة الدولة للاجبار القانونى اللازم لكفالة احترام القانون الذى تضعه فى شأن علاقاتها مع الدول الاخــرى (أنظــر : (Roubier, ibid.

(٤) Roubier, op. cit., No. 6. p. 44.

وضعيا تقوم الدولة بوضعه وكفالة احترامه جبرا على الافراد ، لانها هى وحدها صاحبة السيادة والسلطان فى الجماعة · فجوهر القانون عنده هو أمر توجهه الهيئة الحاكمة الى المحكومين وتردفه بجزاء.ولذلك فالقانون لا يقوم الا فى مجتمع سياسى يستند تنظيمه الى وجود طبقتين : طبقة حاكمة لها حق الامر دون معقب ، وطبقة محكومة عليها واجب الطاعة لما يصدر عن الطبقة الحاكمة صاحبة السيادة فى المجتمع من أوامر وتكاليف · ولا يقوم القانون كذلك الا عندما تملك الطبقة الحاكمة فرض احترام القانون بما لها من قوى مادية جبارة بتوقيع الجزاء على من يخالف عن أمر قواعده(١) .

ومن هنا ، كان انكار أوستن لوضعية القانون الدولى العام(٢) ، حيث لا يوجد فى مجتمع الدول هيئة حاكمة لها حق السيادة أو الامر دون معقب تنزل الدول منها منزلة المحكومين حتى تسن لها من القواعد القانونية ما تأخذها حبرا باحترامه . وكذلك كان انكار وستن لوضعية القانون الدستورى(٣) ، فالدولة ليست مقيدة بأى قيد يمنعها من مخالفتها ، ولانها ــ وهى تملك سلطان الجزاء ــ لا يتصور أن توقعه على نفسها .

٤٧ ــ نقد المذاهب الشكلية واستبعادها

لا نطيل الوقوف أمام ما ينتهى اليه الاخذ بهذه المذاهب الشكلية فى مجموعها من تحكم الدولة تحكما مطلقا فى القانون ، مما يجعل الحكم للقوة التى تتمثل فى الدولة ، تفرض ماتشاء استنادا الى أن مشيئتها هى القانون ، أو تتحلل من أحكام القانون،فالشطط فى ذلك ظاهر ، اذ ينتهى الامر الى أن يكون القانون فى خدمة الدولة تشكله كيف تشاء دون نظر الى حاجات الجماعة أو مقتضيات العدل ، لا أن تكون الدولة فى خدمة القانون تتقيد بأحكامه وتقف حارسا لكفالة احترام قواعده بالقوة المادية أن اقتضى الحال ·

---

(١) Austin, Lectures on Jurisprudence ,or the philosophy of positive law, 4th ed. 1873, vol. I, pp. 90 - 100, p. 183.

(٢) Austin, pp. 89, 187, 188.

(٣) Austin, pp. 274 - 281

ولا نطيل الوقوف كذلك أمام ما تتفق عليه هذه المذاهب الشكلية من حصر القانون فى مصدر وحيد هو التشريع ، فذلك نظر محدود يكذبه الواقع كما سنرى . بل ان من هذه المصادر ما لا يزال طاغيا على تشريع الدولة فى بعض المجتمعات ، كالدين بالنسبة لمسائل الاحوال الشخصية فى القوانين العربية ، وكالعرف والسوابق القضائية فى القانون الانجليزى .

ولا يكفي - لدفع هذا الاعتراض - أن يقال أن القانون اذا كان يتولد من مصادر أخرى غير التشريع كالعرف ، فما ذلك الا لان الدولة تقره وتجيز تطبيقه ، مما يجعل من هذه المصادر ارادة ضمنية للدولة كما يعتبر التشريع ارادتها الصريحة(١). اذ الواقع أن الدولة اذا كانت تطبق القواعد المتولدة عن هذه المصادر ، فان هذه القواعد لا تعتبر قانونا لذلك ، وانما الصحيح أن الدولة تطبقها لانها مفروضة عليها باعتبارها قانونا فى ذاتها(٢) .

ولكننا نريد أن نؤكد أن مذهب رد القانون الى مشيئة الدولة أو مذهب وحدة القانون والدولة انما يأخذ بظاهر الامر دون التنقيب عما وراءه ، فهو مذهب سطحى يكتفى بما يظهر فى الواقع من قيام الدولة غالبا بوضع التشريع واستئثارها بتوقيع الجزاء فيعتقد أن الدولة هى التى تخلق القانون . والواقع أن وظيفة الدولة تختلف عن ذلك كل الاختلاف ، فهى حين تضع التشريع مثلا انما تعمد الى التعبير تعبيرا فنيا عما تقضى به حاجة الجماعة وما يسيطر عليها من موجهات عقلية أو مثالية ، فالدولة لاتعدو اذن أن تكون مجرد أداة للتعبير عن حاجة الجماعة ومشيئتها ، وهى حاجة يحكمها ما تزخر به الحياة الاجتماعية من وقائع وحقائق وما يفـــرضه العقل من غايـــة أو هدف لتلك الحياة . وكذلك الامر فيما يتعلق بالعرف ، فالسنة التى يجرى الناس على

---

(١) Austin, pp. 103 - 105

(٢) فى هذا المعنى :
عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ٢١ ص ٣١ . — عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرة ١٨ ، ص ٣١ . — محمد على امام ، المرجع السابق ، فقرة ٥٢ ، ص ١٣٠ . — سليمان مرقص ، المرجع السابق ، فقرة ١٨١ . — سمد عصفور ، المرجع السابق ، ص ٧ .

اتباعها مع اقتناعهم بالزامها ليست الا تعبيرا عن حاجة من حاجات الجماعة أو تحقيقا لبعض ما تسمو اليه من مثل ٠

والاكتفاء بالشكل دون الموضوع ، والاعتقاد بالتالى بأن الدولة هى التى تخلق القواعد القانونية لانها تحمل غالبا طابعها الرسمى دون عناية بالوقوف على الحاجات والدوافع التى أملت وضع هذه القواعد أو على المثل والعوامل التى وجهت اليها وأسهمت بنصيب وافر فى تحديد مضمونها،ينتهى بالمذاهب الشكلية الى قطع الصلة بين القانون والجماعة مما يؤدى الى وقف حركة تطور القانون ٠ وآية ذلك ما جر اليه اتباع مذهب التزام النص فى فرنسا فى القرن التاسع عشر من جمود القانون نتيجة للجمود فى التفسير وتقديس نصوص التشريع ، وفهمها على أنها ـ وقد تضمنت ارادة الدولة ـ فلا صلة لها بالحياة الاجتماعية أو بتطورها ٠٠ والواقع أن القاعدة القانونية ـ كما سبق البيان ـ هى قبل كل شىء قاعدة اجتماعية ، فلا يمكن فصلها بحال من الاحوال عن البيئة الاجتماعية التى تتكون فيها ، فهذه البيئة بما يحكمها من واقع وما يوجهها من مثل انما تقدم المادة الاولية التى تصاغ منها القاعدة القانونية صياغة تجعلها صالحة للتطبيق فى نطاق العمل ٠

فالمذاهب الشكلية اذن مذاهب سطحية جامدة ينبغى استبعادها ، وتوسعة أفق النظر الى تكوين القاعدة القانونية ـ دون انحصار فى الشكل الذى تخرج به الى الناس ـ بما يستوعب ما يستتر وراء هذا الشكل من عمل صامت خفى يتمثل فى عوامل الحياة الاجتماعية الواقعية منها والمثالية على السواء ٠

٤٨ ـ التفرقة بين المصادر الرسمية أو الشكلية وبين المصادر المادية أو الموضوعية للقاعدة القانونية ، وأهميتها

اذا استبعدنا المذاهب الشكلية ، ومددنا النظر الى الشكل والى ما وراءه ، فاننا نصادف اذن فى تكوين القاعدة القانونية أول ما نصادف عنصرا شكليا

هو الذى يعطيها قوة الالزام وصلاحية التطبيق فى نطاق العمل ، ثم نصادف وراء الشكل عنصرا موضوعيا هو المكون لمادة القاعدة القانونية وجوهرها ٠

ولذلك يستقر أغلب الفقهاء على أن القاعدة القانونية لها مصدران : مصدر رسمى أو شكلى (source formelle) ، ومصدر موضوعى أو مادى (source réelle ou matérielle) . و ترمز المصادر الرسمية أو الشكلية لطرق التعبير عن القاعدة القانونية ، وترمز المصادر الموضوعية أو المادية لجوهر القاعدة القانونية ، ذلك أن القاعدة القانونية توجد مادة أولية قبل أن تمتد اليها يد القانون الوضعى بالتعبير والصياغة والالزام فى نطاق العمل . وهذه التفرقة من الاهمية بمكان كبير ، اذ ترتفع بالقانون عن أن يكون مجرد تحكم من السلطات التى تملك التعبير عنه . فهذه السلطات انما تلتزم — فى هذا التعبير — ما تقدمه اليها المصادر الموضوعية أو المادية من حقائق الحياة الاجتماعية ومثل العدل فيها ٠ فان جاء التعبير من السلطات المختصة به مجافيا لهذه الحقائق وتلك المثل ، خرج القانون فى صورته الوضعية ظالما ، والقوانين الوضعية الظالمة ـ فيما يحدثنا التاريخ ـ لا يكتب لها البقاء ، فسرعان ما يمتد اليها الفناء اذ يجرفها تيار التطور أو تيار الثورة ٠ وان جاء التعبير على يد السلطات المختصة بذلك ، لم يكن للقاضى أن يقف مكتوف الذراعين فينكل عن الحكم والا ارتكب ما يسمى بجريمة « انكار العدالة » أو على الاصح جريمة « انكار العدل » (déni de justice) ، وانما عليه أن يستنبط الحكم من هذه الحقائق وتلك المثل أى من المصدر المادى أو الموضوعى للقانون .

فالمصادر المادية أو الموضوعية اذن هى التى تقدم جوهر القاعدة القانونية ، والمصادر الرسمية هى التى تسبغ على هذا الجوهر صفة الوضعية أو الشرعية بما تعطى له من شكل ملزم للناس ٠ أو بعبارة أخرى تفرض المصادر الموضوعية أو المادية على القانون الوضعى جوهر قواعده ، ويصوغ القانون الوضعى هذا الجوهر ويفرضه على الناس عن طريق المصادر الرسمية أو الشكلية ٠

٤٩ ـ خطة البحث

اذا كان تكوين القاعدة القانونية يرد ـ على ما سبق البيان ـ الى عناصر مادية تفصح عن جوهرها ، والى عناصر رسمية تفصح عن شكلها ، فيكون طبيعيا أن نقسم هذا الفرع الى بابين :

الباب الاول ـ فى جوهر القاعدة القانونية

الباب الثانى ـ فى شكل القاعدة القانونية .

الباب الأول

جوهر القاعدة القانونية

٥٠ ـ تمهيـــــــد

المقصود بهذا الباب بيان المادة الاولية التى تتكون منها القاعدة القانونية ، أى الوقوف على ما يسميه الفقهاء المصادر المادية أو الموضوعية للقاعدة القانونية ، اذ هى المصادر الحقيقية التى يستمد منها مضمون هذه القاعدة وتستند اليها شرعيتها على السواء ·

والاختلاف كبير بين الفلاسفة والفقهاء بشأن النظر الى جوهـــر القاعدة القانونية ، ومرد ذلك قصر النظر الى ناحية دون أخرى ، فمدرسة لا تبصر من هذا الجوهر الا المثل الاعلى الذى يكشف عنه العقل ، ومدرسة أخرى لا تبصر منه الا الحقائق التى تزخر بها الحياة الاجتماعية · وأصل هذا الاختلاف افتراقهما فى الطريقة والمنهج · فالمدرسة المثالية تقوم على أساس التسليم ببديهية أولية، لا تقبل النقاش ولا يمكن التدليل عليها ببرهان مادى. والمدرسة الواقعية ترفض كل بديهية لايقوم عليها دليل علمى،وتقنع بالمشاهدة والتجربة لكل واقع ملموس محسوس ، فتلتزم بذلك منهاجا علميا تجريبيا بحتا .

ولعل مثلا يوضح الفرق بين المدرستين : فالقاعدة التى توجد فى كل الشرائع بتحريم القتل يختلف أصلها عندهما ، فهذا الاصل عند المدرسة المثالية مثل أعلى للعدل يرد بداهة على العقل ، وهو عند المدرسة الواقعية تسجيل للواقع واستخراج منه ، فالتقاتل بين الناس أدى الى الفوضى فى الجماعة وأوشك أن يؤدى بها الى الفناء فلم يكن بد من تحريم القتل ·

غير أن كلا من المدرستين يسرف فى الناحية العكسية للاخرى اسرافا يحصر النظر الى القانون فى زاوية واحدة.ومن هنا ، ينبغى للاحاطة بجوهرالقانون على وجهه الصحيح النظر الى زواياه جميعا ، وهو ما لا يتأتى الا بالجمع بين فقه ونهج المدرسة المثالية والمدرسة الواقعية على السواء ، وهذا ما انتهى اليه جمهور الفقهاء اليوم لانه هو المتفق مع طبيعة القاعدة القانونية ووظيفتها ٠

ولذلك نقسم هذا الباب الى فصول ثلاثة :

الفصل الاول ـ فى المدرسة المثالية ٠

الفصل الثانى ـ فى المدرسة الواقعية ٠

الفصل الثالث ـ فى الجمع بين فقه المدرسة المثالية والمدرسة الواقعية ٠

الفصل الأول

المدرسة المثالية

L'Ecole Idéaliste

تكاد تنحصر هذه المدرسة فى مذهب القانون الطبيعى ، الذى لم يثر مذهب مثل ما أثاره هذا المذهب من جدل وخلاف ، فنعرض لفقهه وتطوره فيما يلى:

مذهب القانون الطبيعى(١)

La Doctrine ou L'école de droit naturel

٥١ ـ تمهيد

راودت الفلاسفة منذ قديم فكرة وجود قانون أعلى من القوانين الوضعية ،

---

(١) أهم المراجع :

Alexeiev, Le droit naturel. Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, 1934, Nos. 1 - 2. pp. 135 - 164. — Beudant, Le droit individuel et l'Etat, 3e éd., Nos. 18 - 93. — Charmont, La renaissance du droit naturel, 2e éd., 1927. — Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, Nos. 64 - 93. — Dabin, Théorie générale du droit, Nos. 201 - 216. — Draghicesco, Philosophie du droit et droit naturel, Arch. de phil. du droit, 1935, Nos. 1 - 2, pp. 243 - 286. — Le Fur, droit naturel et réalisme, Arch.de phil. du droit, 1931, Nos. 1 - 2, pp. 225 - 230. — Luno Pena, Essai critique sur les notions de Loi Eternelle et de Loi Naturelle, Arch. de phil. du droit, 1936, Nos. 1 - 2, pp. 92 - 131. — Richard, Le droit naturel etlaphilosophie des valeurs, Arch. de phil. du droit, 1934, Nos. 1 - 2 pp. 7 - 24. — Rommen, Le droit naturel, Traduction française, 1935. — Roubier, op. cit., Nos. 11 - 12, pp. 92 - 196; No. 16, pp. 144 - 153. — Saleilles, Ecole historique et droit naturel, Revue trimestrielle de droit civil, 1902, pp. 80 - 112.

Cairns, Legal philosophy from Plato to Hegel, 1949. — Friedmann, Legal theory, 1944, pp. 18 - 62.

قانون ثابت أبدى صالح لكل زمان ومكان لانه انما يصدر عن طبيعة الاشياء ٠ تلك الفكرة فى بساطة تعبيرها عن نزعة الانسان الى الكمال هى التى عبر عنها مذهب القانون الطبيعى .

غير أن هذا المذهب ، وان احتفظ بجوهر تلك الفكرة على اختلاف العصور منذ القدم،الا أن مضمونها لم يثبت على حال واحدة فتناوله التعديل والتبديل دفعا لما تعرضت له الفكرة ذاتها من تجريح ونقد مرير .وكذلك فان هذه الفكرة تقاذفتها الغايات المختلفة ، فبدأت فكرة تأمل فلسفية ، ثم صارت فكرة دينية، ثم لم تلبث أن تحولت الى فكرة قانونية ، ثم اتخذها فلاسفة السياسة أداة لزلزلة الطغيان فمهدوا بها للثورة الفرنسية ولما أعلنته من حقوق الانسان الطبيعية ٠ على أن ذلك دفع بالفكرة الى منزلق خطر اذ صبغها بصبغة فردية صارخة ، فمكن للخصوم منها ، فتوارت زمنا ثم عادت فى أعقاب القرن الماضى ومطلع هذا القرن تطل على الناس فى زى جديد يجعلها أدنى للقبول وأثبت للنقد ٠

٥٢ ـ القانون الطبيعى عند اليونان

ففكرة القانون الطبيعى اذن فكرة عريقة فى القدم ، يردها الكثيرون الى اليونان ٠ غير أنه ينبغى الحذر فى تقبل ذلك على اطلاقه ٠ فرغم أن بعض شعراء اليونان كانوا يتكلمون عن قوانين خالدة أبدية لم تكتب وليس الى محوها من سبيل ، الا أن فلاسفةاليونان الاول كانوا يحملون للدولة ولقوانينها الوضعية تقديسا كبيرا باعتبار أن الدولة تمثل سلطان الخير(١)، ومن هنا لا نجد فى آثارهم فكرة القوانين الوضعية الظالمة التى يجب على الفرد عدم اطاعتها ٠

ثم تقدمت الحياة باليونان فظهر فيهم ما يعرف

---

(١) كتابنا سالف الذكر ، ص ١٢١ ــ ١٤٧ ٠

Del Vecchio ,op. cit., pp. 41 - 43; 45 - 46. — Roubier, op. cit., No. 11, pp. 92, 93.

بمذهب « الرواقية » (le Stoïcisme) الذى كان يرى المثل الاعلى للحكيم فى التحرر من كل المؤثرات الخارجية بما فيها اجبار الدولة ، والخضوع للقانون الطبيعى الذى يحكم العالم كله ويلزم الجميع ، والذى يعلو سلطانه على سلطان القوانين الوضعية التى تضعها الدولة وتطبقها باعتباره قائما على وحدة الطبيعة الانسانية(١) . ومن هنا نرى النزعة الفردية تطل برأسها من ثنايا هذا المذهب(٢) .

٥٣ — القانون الطبيعى عند الرومان

وقد انحدر مذهب الرواقية الى الرومان فيما انحدر اليهم من مذاهب اليونان الفلسفية ، فتاثروا بنزعته الفردية كما تاثروا بفكرته فى وجود قانون طبيعى .

فنجد « شيشرون » (Ciceron) يعتقد بوجود عدل أعلى من النظم والقوانين الوضعية ، بوجود قانون ثابت خالد موافق للطبيعة وللعقل القويم، ينطبق على الناس كافة ولا يتغير فى الزمان ولا المكان ، هو القانون الحق(٣) . ونجد عند الفقيه « بول » Paul مثل هذا النظر من وجود قانون ثابت سابق على وجود القوانين الوضعية ، ليس من عمل الانسان لان الطبيعة والعقل هما اللذان يفرضانه .

ويعتقد كذلك الفقيه « جايوس » (Gaius) بوجود قانون مشترك بين جميع الناس لما له من صفة عقلية طبيعية ، فهو اذن قانون عالمى أوماسموه «قانون الشعوب » (Jus gentium) (٤) . وينبغى التنبيه الى أن الرومان كانوا يعرفون تحت هذا الاسم كذلك القانون الذى كان ينطبق على علاقات الاجانب

---

(١) Del Vecchio, op. cit., pp. 50, 51. — Roubier, op. cit., No. 11, p. 94.

(٢) Roubier ,op. cit., No. 11, p. 95.

(٣) Cicéron, cité par Senn, De la Justice et du Droit, 1927, p. 61, note « 1 ».

(٤) Roubier ,op. cit., No. 11, p. 96.

بعضهم مع بعض أو بينهم وبين الرومان · ولكن هذا القانون لا يعدو أن يكون قانونا وضعيا يختلف عن القانون الطبيعى الذى يصدر عن طبيعة الاشياء ويستخلصه العقل · ولذلك كان « قانون الشعوب » فى المعنى الوضعى يعرف نظام الرق ويقره ، بينما كان ينكره « قانون الشعوب » بمعناه كقانون طبيعى(١) .

٥٤ ـ القانون الطبيعى عند الكنسيين فى القرون الوسطى

ثم مالبثت فكرة القانون الطبيعى أن اصطبغت بصبغة دينية فى العصور الوسطى فتطورت هذه الفكرة فى كنف الكنيسة المسيحية حتى صار القانون الطبيعى هو ذلك القانون الالهى الذى يسمو على القانون الوضعى . وهو ــوان كان كما عرفه اليونان والرومان قانونا خالدا ثابتا لا يتغير ــ ، الا أن الله هو الذى يلهمه باعتبار أن الله هو خالق الطبيعة. وقد ارادت الكنيسة بتحويل فكرة القانون الطبيعى الى فكرة دينية أن تمكن لسلطان البابا على سلطان الملوك ، أى أن تمكن للسلطة الروحية من السلطة الزمنية فتخضع سلطان الدولة لسلطان الكنيسة .

غير أن القانون الطبيعى وان غلبت عليه الصبغة الدينية فى هذه الاونة ، الا أن ذلك لم ينتقص من الصبغة العقلية التى لازمته على عهد اليونان والرومان · فلئن كان القانون الطبيعى عند فقهاء الكنيسة هو ذلك القانون الذى نقشه الله على قلب كل انسان، الا أن الانسان لايجد هذا القانون أو يدركه الابعقله.

ومن هنا يفهم منطق فقهاء الكنيسة ــ وخاصة القديس « توماس الاكوينى » (Saint Thomas d'Aquin) ــ فى تقسيم القانون الى درجات ثلاث بعضها فوق بعض : فأعلاها هو « القانون الالهى » أو « القانون الازلى » الذى يحمل مشيئة الله ، وهو مسألة ايمان واعتقاد لا مسألة عقل واستدلال ، فلا

---

(١) Senn, op cit., pp. 73 - 79. — Beudant, op. cit., No. 35, pp. 55 - 56. — Roubier ,ibid. — Del Vecchio ,op. cit., pp. 55, 56.

يدركه الا الراسخون فى الايمـــان الذين أضاء الله بصـــيرتهم بنوره . ومن تحته « القانون الطبيعى » الذى هو منتهى مايدركه العقل من أصول القانون الالهى . وأسفل من ذلك يوجد القانون الوضعى وهو ما يستخرج من قواعد القانون الطبيعى(١) .

واذا خالفالقانون الوضعى عن أمر قواعد القانونالطبيعى فالطاعةواجبة رغم ذلك للقانون الوضعى ، لان النفع العائد من الطاعة ــ وهو الاستقرار والامن فى المجتمع ــ أكبر من الضرر الناتج عن العصيان ، وفى ذلك تغليب للصالح العـــام على الصالح الخاص ، وهو ما يتفق مع أصـــول القانون الطبيعى . ولكن الطاعة للقانون الوضعى لا تجب ان خالف عن أمر القانون الالهى (٢) .

ومن هنا يبـــدو تطور سياسة الكنيسة . فبعد أن كانت الكنيسة فى عهد المسيحية الاول تفصل فصلا تاما بين السلطان الدينى والسلطان المدنى ، وتعبر عما لكل من السلطانين من نطاق نفوذ مستقل فى قولتها المشهورة : « أعط ما لقيصر لقيصر وما لله لله»(٣)،أضحت فى القرون الوسطى تخضع السلطان المدنى للسلطان الدينى،فلا طاعة للقانون الوضعى فى معصية القانون الالهى، وهو ما يختلط معه القانون الطبيعى فى فقه الكنيسة اختلاطا بينا كما رأينا .

٥٥ ــ الدعوة الى سيادة الدولة المطلقة فى القرن السادس عشر ، وانكار فكرة القانون الطبيعى نتيجة لذلك

غير أن انقضاء العصور الوسطى كان مؤذنا بزوال عهد الاقطاع وبـــدء

---

(١) أنظر فى ذلك :

Beudant, op. cit., No. 44, p. 72. — Del Vecchio, op. cit., pp. 61, 62. — Du Pasquier ,op. cit., No. 223. — Roubier, op. cit., No. 11, p. 99. — Friedmann, p. 28. — Cairns, pp. 175 - 184.

(٢) أنظر :

Del Vecchio, op. cit., p. 62. — Roubier. ibid. — Du Pasquier, ibid — Rommen, op. cit., pp. 76 - 77. — Friedmann, p. 29.

(٣) Beudant, op. cit., No. 40. — Del Vecchio, op. cit., p. 57 Roubier, op. cit., No. 11, p. 97.

تكون الدول الحديثة فظهر مبدأ سيادة الدولة وهو ما أطاح بسيادة الكنيسة وسلطانها . وغالى بعض الكتاب فى الدعوة الى هذا المبدأ مغالاة لعلمرجعها الرغبة فى التمكين لفكرة الوطنية والاستقلال . وهذه المغالاة تجد صداها فى القرن السادس عشر عند كاتبين شهيرين هما « مكيافيل » (Machiavel (١٤٦٩ — ١٥٢٧)و « بودان » (Bodin) (١٥٣٠ ـ ١٥٩٦).

«فمكيافيل» فى كتابه «الامير» يضع صاحب السلطان فوق الاخلاق وفوق كل مثل أعلى ، فيخول له التوسل بكل مايؤيد سلطانه سواء عن طريق القوة أو الحيلة أو الخداع ، اذ الغاية — كما يقول — تبرر الوسيلة ، والقوة تكون عادلة ما دامت ضرورية(١) .

و« بودان » يدعو الى سيادة الدولة سيادة مطلقة ، وفى سبيل ذلك يحل صاحب السلطان من الخضوع للقوانين التى يفرضها على رعاياه ، اذ مادام هو مصدر القانون فانه يصير بذلك فوق القانون ، فليس ما يلزمه قانونا قبل الافراد ، وان يكن ملتزما قبلهم بمجرد التزمات أخلاقية ، ومن هنا ليس للافراد الحق فى مطالبته باحترام هذه الالتزامات(٢) .

وقد كان من أثر هذه المغالاة فى تصور فكرة السيادة توارى فكرة القانون الطبيعى ، وطغيان الدولة على حريات الافراد وحقوقهم فى الداخل ، وتحكم القوة فى تنظيم العلاقات بين الدول ذات السيادة فى الخارج . ومن هنا بدت

---

(١) انظر فى ذلك قول « مكيافيل » ان الامير « يجب أن يكون ثعلبا وأسدا فى نفس الوقت . لانه ان لم يكن الا أسدا ، فلن يبصر الشراك . وان لم يكن الا ثعلبا ، فلن يحمى نفسه من الذئاب . فهو بحاجة الى أن يكون ثعلبا لتعرف الشراك ، وأسدا لاخافة الذئاب » .

راجع فى الاشارة الى ذلك والى غيره من أقوال « مكيافيل » :

Chevallier, (Jean-Jacques), Les grandes œuvres politiques de Machiavel à nos jours, 1949, pp. 27 - 29.

(٢) انظر فى آراء « بودان » :

Chevallier, op. cit., pp. 38 - 51. Roubier ,op. cit. ,No. 12, pp. 100 - 101. Del Vecchio, op. cit., pp. 72 - 74. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 11.

الحاجة مرة أخرى الى فكرة القانون الطبيعى كوسيلة تذود عن حقوق الافراد وحرياتهم طغيان الدولة ، وتخضع علاقات الدول فيما بينها للعدل لا للقوة ٠

٥٦ — تبلور فكرة القانون الطبيعى كمذهب على يد جروسيوس

وقد وجدت هـــذه الفكرة طريقها الى الظهور والتبلور على شكل مذهب واضح المعالم والحدود فى النصف الاول من القرن السابع عشر على يد الفقيه الهولندى « جروسيوس » (Grotius) (١٥٨٣ — ١٦٤٥) ، الذىكان له الفضـــل فى ابراء القانون الطبيعى ممـــا أسبغته عليـــه الكنيسة فى القرون الوسطى من صفة دينية ، فحرر القوانين الوضعية بذلك من رجال الدين(١). ثم اتخذ من هـــذا القانون الطبيعى وسيلة لتوجيه القوانين الوضعية وجهة العدل ، فحررها بذلك من تحكم الدول وأصحاب السلطان فيها.ثم ذهب الى اقامة العلاقات بين الدول على أساس القانون الطبيعى فى السلم والحرب على السواء ، فأخرج بذلك الىالوجود فكرة القانون الدولى العام بمعناه الحديث ، وأقامه على أساس متين من وجوب احترام الاتفاقات والمعاهدات الدولية وتنظيم العلاقات بين الدول المتحاربة تنظيما قانونيا ٠

فالقانون الطبيعى عنده هو قبل كل شىء قواعد عقلية للعدل مستخرجة من طبيعة الاشياء ، هو ذلك القانون الذى يفرضه ويستخلصه العقل القويم من طبيعة الانسان مبينا العدل من الظلم ٠ وهو باعتباره وليد العقل ووليد الطبيعة يكسب منهما صفة الوحدة والثبات والخلود فلا يتغير بتغير المكان ولا بتغيير الزمان ، والله نفسه لا يملك بذلك تغييره ، لانه ليس بالذى يغير المعقول أو الطبيعى(٢) . فالقانون الطبيعى اذن انما يحدد بجهد العقل مضمون القاعدة القانونية ، وما وظيفة السلطة العـــامة فى الجماعة الا اعلان أن هـــذه القاعدة — التى حدد مضمونها القانون الطبيعى — قاعدةملزمة مجبرة. ومن

---

(١) Charmont, op. cit., P. 17.

(٢) Beudant, op. cit., No. 60, p. 94. — Du Pasquier ,op. cit., No. 228.

هنا كان وجوب استناد القانون الوضعى الى أساس من مسلمات العقل الموافقة لطبيعة الاشياء (١) .

وما دام أنه يوجد قانون مستخلص من الطبيعة ومن العقل يسبق القوانين الوضعية ويعلو عليها ، فلا محيص من التسليم بأن العقل يفرض وجود حقوق لصيقة بالانسان تولد معه لان طبيعته تحتمها لتمكينه من القيام بما يشاء من نشـــاط مشروع ، تلك هى الحقوق الطبيعية أو الحقوق الفـــردية أو حقوق الانسان . فهـــذه الحقوق اذن مبـــدأ أساسى من مبادىء القانون الطبيعى لاتستطيع القوانين الوضعية أن تتجاهله،بل ان مهمة هذه القوانين هى تأمين التمتع بهذه الحقوق وكفالته لكل من الافراد(٢) . وتلك نزعة فردية واضحة تركز القانون فى الانسان أو فى الفرد ، وتقصر دوره على حماية ما تدعيه له من حقوق طبيعية ثابتة له منذ الازل بمقتضى طبيعته البشرية .

غير أن فكرة القانون الطبيعى وان يكن قد أتيح لها البروز مع الوضوح والاستقلال على يد جرسيوس ، الا أن هذا الفقيه رغم ما نادى به من وجود قانون أعلى للعدل يستخلص بجهد العقل فيسمو بذلك على القوانين الوضعية ، لم يستطع أن يتحرر من تأثير عصره فأقر ما كان قائما حينذاك من نظام الرق وحق الفتح ، بل وبرر ذلك بأن الحرية ، وان تكن فى طليعة حقوق الانسان الطبيعية ، الا أنه يمكن النزول عنها بمقتضى عقد ، كما يمكن فقدها بالانهزام أو الاسر فى الحرب(٣) ، وذلك تبرير واه يناقض المبدأ الذى وضعه من وجود قانون مستمد من طبيعة البشر يسمو على القانون الوضعى .

٥٧ ـ رواج مذهب القانون وتطرفه في القرنين السابع عشر والثامن عشر

ومهما يكن من أمر ، فان فكرة القانون الطبيعى قد أتيح لها فى القرنين

---

(١) Roubier, op. cit., No. 12, p 104.

(٢) أنظـر : Beudant, op. cit., No. 60, p. 95. — Roubier, op. cit., No pp. 105, 106.

(٣) أنظـر :
Charmont, op. cit., pp. 18, 19. — Beudant, op. cit., No. 61, pp. 95, 96.

السابع عشر والثامن عشر حظ كبير من الذيوع والانتشار والتحرر منمؤثرات العصر ، فلم يعد أنصارها يبررون — كما فعل جرسيوس — بعض الانظمة الظالمة فى القوانين الوضعية كحق الفتح ونظـــام الرق ، بل اطـــرد منطقهم بضرورة الغاء مثل هذه النظم لمخالفتها للقانون الطبيعى ٠

غير أن فكرة القانون الطبيعى قد أتيح لها فى هذين القرنين فضلا عن ذلك، أن تصبح فكرة قانونية ، بعـــد أن كانت فكرة فلسفية فى العصور الاولى ، وفكرة دينية فى العصور الوسطى(١) . فأصبح ينظر الى هذه الفكرة لا باعتبار انها تتضمن موجهات كلية مثالية يستخلصها العقل من طبيعة الاشياء ويلتزم المشرع باحترامها فى القوانين الوضعية ، ويلتزم القاضى كذلك باستهدائها ان قصرت القوانين وضعية عن البصر بكل ماقد يعرض فى العمل من فروض متباينة ، بل أصبح ينظر اليها باعتبار أنها تتضمن قواعد جزئيـــة تفصيلية تواجه كل ما يعرض فى العمل من حالات وتجد له الحل العادل المعقول (٢) .

فاقلانون الطبيعى اذن قد أصبح عند كثير من كتاب القرنين السابع عشر والثامن عشر قانونا أوتشريعا نموذجيا كاملا أى يحوى لكل وضع من الاوضاع أو نظام من الانظمة القواعد النموذجية التى يجب أن تحكمه ، وبذلك يقتصر عمل المشرع على تحويل هذه القواعد النموذجية الى قواعد وضعية وازالة الفروق بين القوانين الوضعية القائمة وبين القانون الطبيعى أى بين الصورة والاصل(٣) . ومنطق هذا النظر يؤدىالى اعتبار أن القانون الوضعى يتضمن جزءا كبيرا من قواعد القانون الطبيعى هى التى يستعيرها منه ويسبغ عليها صفة الوضعية أو صفة الالزام ٠ وبعبارة أخرى يعتبر من القانون الطبيعى كل

---

(١) Dabin, la philosophie de l'ordre juridique positif, No. 68, p. 217. — Roubier, op. cit., No. 12, p. 103

(٢) Roubier, op. cit., No. 12, p. 104

(٣) Capitant, op. cit., No. 7, p. 33. — Dabin, op. cit., No. 68, pp. 271, 272. — Roubier, op. cit., No. 12, p. 104.

ما يوجد فى القانون الوضعى من قواعد توافق العقل وتقضى بها طبيعة الاشياء ، بل كل ما يوجد فيه من قواعد ترمى الى مثالية القانون الوضعى والسمو بأحكامه .

وظاهر أن فى هذا النظر خلطا بين فكرة القانون الطبيعى فى ذاتها وبين ما يعمد اليه المشرع من فرض حلول لمشاكل الحياة الاجتماعية بالتطبيق لهذه الفكرة أو باستيحائها . وكذلك فان هذا النظر يناقض القول بأن القانون الطبيعى قانون عالمى ، ثابت خالد لا يتغير فى الزمان والمكان ، فان العقل الانسانى الذى يستخلصه لايبلغ من القدرة مبلغا يمكنه من وضع مجموعة كاملة من القواعد النموذجية التفصيلية تصلح لمواجهة جميع دقائق الفروض العملية فى كل زمان ومكان ، فهذه الفروض تختلف بحسب الزمان والمكان ، وما يوضع لها من حلول لا يقل عن ذلك اختلافا .

٥٨ — القانون الطبيعى والعقد الاجتماعى

وأيا كان الامر ، فان فكرة القانون الطبيعى قد عاصرتها وزاحمتها طوال القرنين السابع عشر والثامن عشر فكرة أخرى هى فكرة العقد الاجتماعى (Le contrat social) • ومضمون هذه الفكرة القول بوجود اتفاق تواضع عليه الناس بتركيز السلطة فى يد شخص أو هيئة يكون لها حق الامر دون معقب للخروج بذلك من عهد الفطرة الى عهد المجتمع المنظم • غير أن هذا العقد الاجتماعى قد اختلف تصور أطرافه ومضمونه لدى الكتاب اختلافا بالغ الاثر فى تحديد مدى سيادة صاحب السلطان فى المجتمع •

فالكاتب الانجليزى هوبز (Hobbes) (١٥٨٨ — ١٦٧٩) (١) يرى هذه السيادة مطلقة لا تحدها حدود أو قيود ، اذ أن الافراد نزلوا بمقتضى العقد

(١) راجع فى مذهب « هوبز » خاصة :

Cairns, Legal philosophy from Plato to Hegel, pp. 246 - 271. — Chevallier op. cit., pp. 52 - 69. — Del Vecchio, op. cit., pp. 83 - 85. — Beudant, op. cit., No. 66. — René Capitant, Hobbes et l'Etat totalitaire, Arch. de phil. du droit, 1936, No. 1 - 2 pp. 46 - 75.

الاجتماعى عن كل ماكان لهم من حريات وحقوق فى عهد الفطرة ووضعوها بين يدى السلطان . ذلك أن عهـــد الفطرة (L'état de nature) كان هو عهد الفوضى الذى تحكمه الانانية والغرائز المنطلقة ويسود فيه منطق القوة ، حيث تقود الحرية المطلقة المتروكة للجميع الى حرب مستمرة لاتنقطع بينهم . لذلك لم يكن بد من أن تدفع الناس غريزتهم فى البقاء والدفاع عن النفس ، الى محاولة الخروج من هذا العهد الفطرى التعس الى عهد أفضل نظامى ، عن طريق عقد يتضمن نزول كل فرد عما كان له فى عهد الفطرة من حرية مطلقة دون حدود . وهو نزول لا يتصور الا كاملا وغير مشروط ، والا اتيح للفوضى الفطرية أن تعود من جديد . وهو كذلك نزول لا رجعة فيه ، فلا يستطيع الناس أن يستردوا من السلطان ما أعطوه ، ذلك أنه لم يكن طرفا فى العقد حتى يلتزم بشىء قبل الافراد ، فبقيت له وحده الحرية الفطرية يفعل ما يشاء .

وغنى عن البيان أن هذا النظر يؤدى الى الاستبداد المطلق ، اذ لايضع أمام القوانين الوضعية التى يسنها السلطان ويطبقها على الناس حاجزا أو سدا من مثل أعلى للعدل يحول دون اندفاعها فى طريق التحكم والظلم ، أى ينكر بذلك وجود فكرة القانون الطبيعى . فانه ليس بعد العقد الاجتماعى كما لم يكن قبله ، عدل أو ظلم فى ذاته ، اذ يصبح ذلك رهنا بارادة صاحب السلطان . وبذلك تظل الكلمة العليا للقوة فى عهد المجتمع المنظم ، كما كانت كذلك فىعهد الفطـــــرة(١) .

غير أن فـــكرة العقد الاجتماعى قد أتيح لهـــا عند كاتب آخر هو الكاتب الانجليزى لوك Locke (١٦٣٢ — ١٧٠٤)(٢) ، أن تمكن لفكرة القانون الطبيعى وتحارب استبداد السلطان وتحكم القوانين الوضعية . فعهد الفطرة

---

(١) فى هذا المعنى :
Beudant, op. cit., No. 66, pp. 104, 105.

(٢) راجع فى مذهب « لوك » بصفة خاصة :
Gairns, pp. 335 - 361. — Chevallier op. cit., pp. 85 - 99. — Beudant, op. cit., No. 67. — Del Vecchio, op. cit., pp. 98 - 92.

الاولى عنده عهد يحكمه العقل لا الاهواء ولا الانانية كما يرى « هوبز ».لذلك فان الافراد لا ينزلون فى العقد الاجتماعى عن كل مالهم فى ذلك العهد من حقوق طبيعيـــة ، بل ينزلون منها عن القـــدر اللازم لكفالة الصـــالح العام فحسب[١] ، ويظـــل القدر الباقى من هذه الحقوق الطبيعية قائما فى عهد المجتمع المنظم كقيد يرد على حرية السلطان · والسلطان باعتباره طرفا فى العقد ، انما يلتزم بتسخير سلطته فى تحقيق الصالح العام واحترام الحقوق الطبيعية للافراد ، واخلاله بهذا الالتزام يحل للافراد فسخ العقد والثورة على السلطان . فالقانون الوضعى فى هذا النظر اذن انما يعمل على احتـــرام الحقوق الطبيعية للافراد وكفالة الالتزامات التى تفرضها الطبيعة والعقل .

ثم استخدم روسو (Rousseau) (١٧١٢ — ١٧٧٨)[٢] فى النصف الثانى من القرن الثامن عشر فكرة العقد الاجتماعى أداة لانكار حق الملوك فى السيادة ، وبصفة عامة لانكار حكم الفرد ، ووسيلة لحصر السيادة فى الشعب أو المجموع ·

فالعقد الاجتماعى عنده أنهى عهد الفطرة حيث كان لكل فرد فعل ما يشاء ، وأنشأ عهد المجتمع حيث أصبحت السيادة والسلطان من حق المجموع ككل لا من حق فرد واحد من الافراد على حدة · فالقوانين تستمد شرعيتها اذن وقوتها الملزمة للافراد من كونها ليست الا تعبيرا عن الارادة العامة أى عن ارادة

---

(١) اذا كان الافراد يعملون على الخروج من عهد الفطرة رغم أنه عهد يحكمه العقل فيما يرى « لوك » فما ذلك الا للحصول على ضمان أقوى لحقوقهم وحرياتهم ولتفادى عـــواقب التعسف المحتوم من جانب بعض الافراد فى استعمال مالهم من حقوق وحريات . فان عهـــد الفطرة يفتقد قوانين معلومة قائمة على الرضا العام المشترك ، وقضـــاة معلـــومين عـــدول محايدين يفصلون فى المنازعات طبقا لهذه القوانين ، وسلطة اجبار قادرة على كفالة تنفيـــذ ما يصدرونه من أحكام . ولذلك يفضل الافراد الانتقال من عهد الفطرة الى عهد المجتمع المنظم حيث تتوفر فيه كل هذه الضمانات .

(انظر : Chevallier, op. cit., p. 91)

(٢) راجـــع فى مذهب « روسو » بصفة خاصة :

(Chevallier, op. cit., pp. 142 - 173. — Beudant, op. cit., pp. 150 - 168.— Del Vecchio, op. cit., pp. 104 - 108. — Charmont, op. cit., pp. 41 - 46.— Hurbert, Rousseau et l'école positiviste, arch. de phil. du droit, 1932, No. 34, pp. 407 - 427.

المجموع . وهذه الارادة العامة عنده ارادة مطلقة معصومة ، لانها ـ وهى ارادة المجموع ـ لا يتصور أن تبتغى مصلحة مخالفة لمصالح أفراده ، كما لا يتصور أن يضر الجسم بعضو من أعضائه(١) .

وتلك نظرة مادية فى تصور القانون ، اذ يصير عدلا ما يريده المجموع أو على الاصح ـ وهو ما يسمح به العمل ـ ما تريده الاغلبية فى هذا المجموع(٢) . وبذلك نستطيع أن نسلك روسو ـ على خلاف الشائع عنه ـ فى سلك المنكرين لفكرة القانون الطبيعى. فهو لايعترفبأن القانون الوضعىأو الارادة العامة تخضع لجملة من موجهات العدل العقلية أو لنماذج من قواعد العدل التفصيلية . بل وأن نسلكه فى سلك المنكرين لفكرة الحقوق الطبيعية ، فرغم تسليمه بأن الافراد لا ينزلون بمقتضى العقد الاجتماعى الا عن القدر اللازم من حقوقهم لحاجة المجموع ، الا أنه يجعل هذا المجموع الذى يسميه الارادة العامة ـ والذى يقتصر فى الواقع على الاكثرية ـ هو وحده الحكم المتصرففى تحديد الحقوق الطبيعية التى يحتفظ بها الافراد ، وله أن يقيد منها ما كما يشاء(٣).وهو بهذا المنطق ينتهى الى الاستبداد المطلق يحله للشعب أو لاكثرية الشعب ، فكأنه ما حارب الاستبداد فى ذاته ، ولكنه حاربه باعتباره استبداد فرد لا يستند الى عقد اجتماعى ! .. فان استند الى هذا العقد وكان استبداد مجموع فلا تثريب عليه عنده ! ..

ومهما يكن من أمر ، فالثابت أن فكرة العقد الاجتماعى لم تكن مرادفة دائما لفكرة القانون الطبيعى . فلم تكن تعنى دائما عند كثير من الكتاب حدا من سيادة أصحاب السلطان فى الجماعة ولا قيدا يرد على حرية أصحاب صناعة التشريع بالتزام مثل أعلى من العدل أو باحترام حد أدنى من الحقوق الطبيعية

---

(١) J. - J. Rousseau, Du contrat social, Aubier, éditions Montaigne, Livre I, Chapitre VII, pp. 106 - 108; Livre II, Chapitre III, p. 145, Chapitre IV, p. 152.

(٢) فى هـــذا المعنى : Beudant, op. cit., No. 101, p. 161.

(٣) Rousseau, op. cit., Livre II, Chapitre IV, p. 153.

للافراد . ولكنها عنت عند الكثيرين ــ وعلى الاخص عند «روسو» ــ التمكين لسلطان الشعب أو لسلطان الاكثرية منه دون الاعتراف بسلطان الفرد أو سلطان الملوك ، وبذلك اتخذت لها هدفا سياسيا واضحا هو احلال الحكم الديموقراطى محل الحكم الاوتقراطى · وفى غمرة الحماس لتقويض سلطان الفرد واقامة سلطان الشعب ، ضاعت صيحة العدل ـ وهو ما قامت عليه فكرة القانون الطبيعى ـ عند أنصار العقد الاجتماعى ، فأصبحت مشيئة الشعب أو ارادة الاغلبية عندهم هى العدل ، حتى ولو كانت مشيئة ظالمة أو ارادة مستبدة ·

غير أن ما لاقته فكرة العقد الاجتماعى على يد « روسو » من نجاح وذيوع ، لم يقلل من الاعتقاد والايمان بفكرة القانون الطبيعى طوال القرن الثامن عشر ، بل بدت الحاجة أكثر ما تكون ملحة الى هذه الفكرة الاخيرة لتقف كالسد الحاجز أمام ما تضمر الفكرة الاولى من خطر استبداد الحكام وتحكمهم باسم الشعب واسم العقد الاجتماعى ·

٥٩ ـ انتصار مذهب القانون الطبيعى على يد الثورة الفرنسية

وتحت تأثير هاتين الفكرتين ولدت الثورة الفرنسية فى أواخر القرن الثامن عشر ، فاعتنقت مذهب « روسو » فى حصر السيادة فى الشعب وحده ككل أى من حيث هو يكون كتلة أو وحدة متميزة ذات شخصية منفصلة مستقلة عن شخصيات الافراد المكونين له. وكذلك حرصت الى جانب ذلك على اعتناق فكرة القانون الطبيعى كموجه ومقيد لسيادة الشعب ، فأعلنت ما سمته بحقوق الانسان الطبيعية التى تلتزم القوانين الوضعية بالاعتراف بها وكفالة احترامها وضمان التمتع بها للافراد ، بحيث ترد هذه الحقوق ـ خلافا لمذهب « روسو » ـ قيدا على تحكم تلك القوانين التى تحمل مشيئة الشعب · وبذلك أتيح لمذهب القانون الطبيعى أن يصبح مذهبا رسميا يتضمنه اعلان رسمى هو « اعلان حقوق الانسان والمواطن » ، بعد أن كان مجرد فكرة تجرى بها أقلام الفلاسفة والكتاب .

وقد كان هذا الاعلان ممهدا لصدور سلسلة من اعلانات مماثلة رسمية تضمنتها الدساتير المختلفة مؤكدة بذلك الاعتقاد فى وجود قانون طبيعى خالد مشترك يسمو على القانون الوضعى ، ويجعل من حقوق الافراد الطبيعية التزامات وقيود ترد على سلطان المشرعين .

ولقد تجاوب الفيلسوف كانت (Kant) مع الثورة الفرنسية ومع المعتقدات التى مهدت ووطأت لها ، فنجد عنده التفرقة التقليدية بين القانون الطبيعى والقانون الوضعى (١) . ومرد فلسفته القانونية أن للانسان قيمة ذاتية مطلقة ، اذ هو غاية فى ذاته وليس وسيلة لتحكم ارادة من الارادات كارادة الدولة أو ارادة المشرع (٢) . فالانسان هو الذى يضع قانونه بنفسه أى بعقله ، وهذا العقل بوصفه واحدا عند كل الناس ، أى مشتركا بين أفراد النوع الانسانى ، يستخلص قواعد عالمية ثابتة لحكم سلوك الانسان فى المجتمع . هذه القواعد تستمد من الصفة العالمية الثابتة التى تخلعها عليها وحدة العقل الانسانى ، قيمة سامية مطلقة تفرضها على مختلف الارادات ، فتتقيد بها ارادة المشرع فيما يستن من قواعد وضعية . وينتهى « كانت » بهذا المنطق الى اعطاء القانون الطبيعى صفة عقلية بحتة (٣) .

وكذلك يمكن هذا النظر للنزعة الفردية التى أبرزتها الثورة الفرنسية فيما أعلنت من حقوق الانسان ، اذ يركز القانون فى الفرد الانسانى يعمل على كفالة تمتعه بحقوقه الطبيعية وفى طليعتها الحرية ، وهو أمام حريات الافراد المتعارضة يعمد الى أن يقيم بينها من التوازن ما يمكن كل فرد من استعمال حريته دون أن يطغى بذلك على حريات الاخرين.(٤) .

فالاعتقاد اذن فى وجود قانون طبيعى يكون بمثابة تقنين نموذجى يحكم القانون الوضعى بما يتضمن من قواعد ثابتة خالدة يستخلصها العقل من

---

(١) Du Pasquier ,op. cit., No. 236.
(٢) Buedant, op. cit., No. 87, p. 138.
(٣) Del Vecchio, op. cit., p. 111.
(٤) Del Vecchio, op. cit., p. 119.

طبيعة الانسان ، كان هو فى الاعتقاد السائد فى القرن الثامن عشر . ثم أسبغت الثورة الفرنسية صفة رسمية على هذا الاعتقاد باعلانها ما سمته حقوق الانسان ، كما مكنت لما يتضمنه — فى تصور وظيفة القانون — من نزعة فردية .

وفى ظل هذا الاعتقاد — الاعتقاد فى وجودقانون طبيعى يسمو علىالقوانين الوضعية ، والاعتقاد فى سلطان العقل الذى يستخلصه — شهد مفتتح القرن التاسع عشر واضعى تقنين « نابليون » — وهو التقنين المدنى الفرنسى — يصدرون مشروع تقنينهم بالنص على أنه « يوجد قانون عالمى ثابت هو مصدر كل القوانين الوضعية ، ليس هو الا العقل الطبيعى من حيث أنه يحكم كل شعوب الارض » . وهذا النص، وأن لم يتح له أن يظهر فىالتقنين اذ حذف عند مناقشة المشروع ، الا ان ذلك لم يكن انكارا لمضمونه — اذ الاعتقاد فى وجود القانون الطبيعى كان ينزل حينئذ من النفوس منزلة الايمان — وانما كان تسليما بأن النصوص التشريعية الوضعية ليست محلا لاعلان المبادىء الفلسفية(١) .

٦٠ — مهاجمة مذهب القانون الطبيعى وتراجعه فى القرن التاسع عشر

غير ان مذهب القانون الطبيعى لقى محاربه شديدة طوال القرن التاسع عشر ، شككت فى صحته ، وقللت من أنصاره فى الفقة ، فراجت على حسابه طوال هذا القرن مذاهب واقعية تنكر رد جوهر القانون أو شرعيته الى مثل أعلى . وتركز الهجوم على مذهب القانون الطبيعى فيما يدعيه من صفة خالدة ثابتة لا تتغير بتغير الزمان أو المكان ، وفيما يلازمه من نزعة فردية واضحة .

وقد تكفل المذهب التاريخى — على ما سيرد البيان — بمحاولة تقويض فكرة الخلود والثبات التى يتميز بها القانون الطبيعى فى منطق أنصاره . فأنكر هذا المذهب أن يكون القانون وليد ارادة من الارادات كارادة المشرع ، أو أن يكون

---

(١) Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 25.

وليد العقل البشرى يستقل بتكوينه وانشائه ، اذ هو وليد البيئة الاجتماعية وحدها ، والبيئة الاجتماعية متغيرة متطورة فى الزمان والمكان . ومن هنا لم يكن من المعقول ولا من المتصور أن يثبت القانون على حال واحدة ، بل هو مختلف دائما بحسب المكان من مجتمع الى آخر اذ تولده ظروف البيئة الخاصة بكل مجتمع ، وهو متطور دائما فى الزمان تطورا لا يفتعله الانسان أو يخلقه بعقله أو يدفعه بارادته ، وانما تطوره تطور ذاتى أو تلقائى يتسلسل فى حلقة من حلقات التاريخ تسلسلا لا اراديا .

ولسنا نعرض الان لصحة الاساس الذى يقوم عليه المذهب التاريخى، فذلك موضعه عند الكلام فى تفصيل هذا المذهب ، ولكننا نجتزىء بالاشارة الى أن هذا المذهب قد أتيح له من النجاح طوال القرن التاسع عشر — فى ألمانيا حيث ظهر ، وفى فرنسا حيث لم يعدم الانصار — ما أفقد الثقة فى مذهب القانون الطبيعى ، وأوهن من الاعتقاد فى وجود قانون تجتمع له صفة الخلود والثبات على اختلاف الزمان والمجتمعات .

وكذلك فقد هوجمت النزعة الفردية التى لازمت مذهب القانون الطبيعى طوال القرنين السابع عشر والثامن عشر ، والتى تأكدت رسميا على عهد الثورة الفرنسية ووجدت طريقها الى أكثر نصوص تقنين « نابليون »

فوقف فقهاء كثيرون ضد هذه النزعة المسرفة التى ترى المجتمع مخلوقا لخدمة الفرد ، وليس الفرد هو المخلوق لخدمة المجتمع ، فتركز القانون — استخراجا من ذلك — فى الفرد ، حتى لتقصر دوره على كفالة حريته وتمكينه من التمتع بما سمى الحقوق الطبيعية للانسان . وأدت مهاجمة النزعة الفردية فى القانون الى مهاجمة فكرة القانون الطبيعى بدورها باعتبار ما رسخ فى الاذهان من اقتران بين وجود القانون الطبيعى وبين النزعة الفردية . ولسنا الان فى مجال استقصاء صحة هذا الاقتران ، ولكن يعنينا أن هذا الاقتران كان ماثلا فى كثير من الاذهان مماخلق من أعداء النزعة الفردية أعداء ألداء لفكرة القانون الطبيعى ، فخسرت هذه الفكرة ولم تكسب من وصفها بالدعوة الى نزعة فردية .

٦١ ـ حركة احياء القانون الطبيعى

غير أن فكرة القانون الطبيعى وان هجرت أو كادت طوال القرن التاسع عشر ، قد أتيح لها ـ فى أواخر هذا القرن ومطلع القرن العشرين ـ أن تجد من الفقهاء من يلتمس لها البعث والنشور ، ومن يقوم على أحيائها مبرأة مماأثار عليها الهجوم ومكن منها الخصوم . وقد توزع أنصار القانون الطبيعى ـ فى سبيل هذا الاحياء ـ بين طريقين : الاول هو القصد فى خلع صفة الخلود والثبات على القانون الطبيعى ، وهذا هو مذهب الفقيه الالمانى « ستاملر » Stammler فيما سماه بالقانون الطبيعى ذى المضمون المتغير . والثانى هو قصر وظيفة القانون الطبيعى على القيادة الموجهة الملهمة بقلة من مبادىء العدل المثالية ، دون النزول به الى التطبيق العملى وما يفرضه من تنظيم تفصيلى ، وهذا هو مذهب جمهور الفقهاء منذ مطلع القرن الحالى .

(١) القانون الطبيعى ذو المضمون المتغير(١) :

أما القصد فى خلع صفة الخلود والثبات على القانون الطبيعى ، فقد دعا اليه منطق المذهب التاريخى فى تطور القانون ، فكان لا بد من الجمع والملاءمة بين فكرة الخلود والتطور حتى يخلص مذهب القانون الطبيعى من التناقض الذى رماه به مذهب التطور التاريخى . وقد قدر للفقيه الالمانى « ستاملر » أن يقوم بالجمع بين الخلود والتطور فى فكرة القانون الطبيعى ، فيما سماه بالقانون الطبيعى ذى المضمون المتغير (Le droit naturel à contenu variable) واعتنق فكرته بعض الفقهاء الفرنسيين وكان ابرزهم «سالى » (Saleilles)

---

(١) راجع فى ذلك :

Ginsberg, La philosophie du droit de Rudolf Stammler, Arch. de phil. du droit, 1932. Nos. 3 - 4, pp. 564 - 574. — Gény, Science et technique en droit privé positif, t. II, Nos. 98 - 114. — Charmont, op. cit., pp. 170 - 176. — Del Vecchio, op. cit., pp. 209 - 210. — Rommen, op. cit., pp. 166 - 168. — Roubier, op. cit., No 16, pp. 151, 153. — Friedmann, pp. 87 - 95. — Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, No. 71. — Saleilles, article précité, pp. 96 - 99.

وجوهر القانون ــ فى هذا النظر ــ هو مثل أعلى للعدل ، خالد متغير على السواء : فهو خالد فى فكرته ، متغير فى مضمونه ، أى أن صفة الخلود دائما تلحق فكرة العدل فى ذاتها ، أما مضمون هذه الفكرة وطريق تحقيقها ، فرهن بظروف الحياة فى كل مجتمع وبتصور هذا المجتمع لفكرة العدل · فالذى لا يتغير هو وجود عدل ينبغى تحقيقه · ذلك أن فكرة التمييز بين العدل والظلم واقامة القواعد القانونية على أساس من العدل ، قد وجدت دائما فى ضمير الانسان منذ الازل ، وستظل موجودة فيه الى الابد ·· أما كيفية التمييز بين العدل والظلم ، واسباغ صفة العدل على بعض النظم أو على سلوك معين ، فامر لا يلحقه خلود أو ثبات ، لانه صادر عن التفاعل الحاصل بين بيئة كل مجتمع والتصوير السائد فيه لفكرة العدل. فما يعتبر عدلا فى جماعة قديعتبر ظلما فى جماعة أخرى ، وما كان قانونيا فى جماعة باعتباره العـــدل قـــد يصبح ــ مع تقدم الزمان ــ غير مشروع ،اذ تنتهى الجماعة الى تصوره كظلم ينبغى رفعه · وليس يطعن هذا التباين فى وجود فكرة العدل ذاتها ، وخلود هذه الفكرة عند كل الجماعات .فثمة شىء يبقى خالدا دائما فى ضمير الانسان ــ على اختلاف البيئة وتعاقب الزمان ــ هو حنينه الى العدل ، وتصوره للقانون واحترامه له على أساس أنه اقامة للعدل(١) ·

ولكن فكرة القانون الطبيعى ذى المضمون المتغير تعرضت للنقد من حيث أنها فكرة متناقضة ، اذ المثل الاعلى بطبيعته ثابت خالد ، وهذه الفكرة تجعل منه مثلا خاصا بكل جماعة وفقا لتصويرها الخاص لفكرة العدل · وهو ما يؤدى الى أن تكون فكرة العدل فكرة شخصية أو وطنية ليس لها كيان ذاتى أو موضوعى يجعل منها حقيقة واحدة على اختلاف المكان والزمان ، فيصبح الامر الواحد عدلا فى مكان أو عصر معين ، وظلمـــا فى مـــكان آخـــر أو عصر سابق أو لاحق ، وهو ما لا يمكن التسليم به · فلئن كان الرق مشروعا عند الجماعات الاولى طبقا لتصورها لفكرة العدل ، الا أن ذلك لا يعنى أنه لذلك كان

---

(١) Roubier, op. cit., No. 16, p. 152.

نظاما عادلا . فللعدل حقيقة فى ذاته ، وهى لذلك حقيقة واحدة خالدة لا تتغير فى زمان أو مكان . والرق فى حكم هذه الحقيقة نظام ظالم دائما فى أى زمان ومكان وجد .

(٢) القانون الطبيعي موجه مثالي للعدل :

وأما الارتفاع بالقانون الطبيعى الى مجرد القيادة الروحية الموجهة ، فقد دعا اليه ما كان من اسراف أنصار فكرة القانون الطبيعى فى القرن الثامن عشر فى اعتبارهم أن هذه الفكرة انما تعبر عن وجود قانون مثالى نموذجى ، يتضمن قواعد تفصيلية تضع حلولا عملية لكل ما يعرض من مشاكل الحياة الاجتماعية فى دقائقها وجزئياتها . فمثل هذا الاتجاه لا يحتاج الى تدليل على بطلانه وتناقضه : فالواقع يكذبه ، والمنطق ينقضه ، اذ أن مشاكل الحياة الاجتماعية لا تعرض دائما بنفس الصورة فى كل الجماعات ، حتى يمكن الادعاء بوجود قانون مثالى ، يضع لكل هذه المشاكل قواعد واحدة مشتركة ، تكون ثابتة خالدة لا تتأثر باختلاف الزمان والمكان .

من أجل ذلك اتجهت حركة احياء مذهب القانون الطبيعى فى مطلع القرن الحالى الى العدول عن هذا الشطط المسرف فى تصور فكرة القانون الطبيعى فقصرتها على بضعة مبادىء مثالية ، ثابتة خالدة ، تمثل الحد الادنى للمثل الاعلى للعدل . وبذلك تتحدد وظيفة القانون الطبيعى ، فهو لا يضع حلولا عملية لمشاكل الحياة الاجتماعية ، ولكنه يكتفى بالتوجيه الى الحلول العملية التى تضعها القوانين الوضعية لمشاكل الحياة الاجتماعية ، فهى فى جوهرها موافقة للقانون الطبيعى ، أى ترد فى مجموعها الى المثل الاعلى للعدل ، ذلك المثل الذى له من وجوده الذاتى ما يجعله خالدا ثابتا ، لا يتغير بتغير الزمان ولا بتغير المكان . فالقوانين الوضعية المختلفة انما تنتهى فى جوهرها الى تلك الاصول العامة للعدل التى تكون القانون الطبيعى ، كما تنتهى السفن القادمة من مختلف الاتجاهات الى ميناء واحد مسترشدة بما يبعث اليها مناره من أضواء .

ففكرة القانون الطبيعى انتهت اذن الى أن تعبر عن الدستور المثالى للعدل الذى ينبغى أن تقوم على أساسه القوانين الوضعية المختلفة . وهو دستور لا

ينزل الى التفصيل والتفريع ، وانما يقتصر على التوجيه والالهام بما يتضمن من أصول عامة وموجهات مثالية لفكرة العدل(١) ، لا تصلح بذاتها للتطبيق العملى ـ كمبدأ ايتاء كل ذى حق حقه ، ومبدأ عدم الاضرار بالغير عن خطا ، ومبدأ عدم الاثراء على حساب الغير دون سبب مشروع — وأنما تستلهمها القوانين الوضعية المختلفة فيما تضع من نظام للمجتمع حتى يخرج نظاما عادلا كما يستهدى الملاح بالبوصلة فيما يسلك من طريق حتى يقع على الطريق المامونة الموصلة الى الغاية . فالقانون الطبيعى فى معناه الحديث اذن هو عبارة عن تلك الاصول والموجهات العامة للعدل التى تعتبر أساسا ومثلا أعلى للتنظيم القانونى

٦٢ ـ القانون الطبيعى والقانون الوضعى

يخلص من كل ما تقدم أن فكرة القانون الطبيعى مرت بمراحل متعددة ، فلم يثبت مضمونها على حال واحدة ، ولكنها انتهت الى أن تعبر عن الموجهات المثالية للعدل ، التى لها من خلودها وثباتها ما يجعلها أساسا للقوانين الوضعية على اختلاف الزمان والمكان .

وهذه الفكرة ـ فى صورتها الاخيرة ـ تعبر عن حقيقة ينبغى التسليم بها ، وهى ضرورة وجود موجه للارادة الانسانية ، فتلك الارادة أعجز عن الاكتفاء بنفسها والاستغناء عن موجه مثالى تستهديه وتستلهمه ، يتمثل فى مثل أعلى للعدل . وهو مثل ماونيت الانسانية ولن تنى أبدا عن التطلع اليه والسعى الى تحقيقه .

---

(١) انظر فى هذا المعنى :

Capitant, op. cit., No. 9. — Colin, Capitant et De la Morandière, op. cit., t. I, No. 3. — De la Gressaye et Laborde - Lacoste, op. cit., No. 73. Beudant, op. cit., Nos. 21 - 23. — Roubier, op. cit., No. 16, pp. 150, 151. Le Fur, Les caractères essentiels du Droit en comparaison avec les autres règles de la vie sociale, Arch. de phil. du droit, 1935, No. 3 - 4, pp. 19 - 21.

سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ١٦٦ . عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقـرة ٣١ .

والقانون الطبيعى على هذا الوضع ــ أى باعتباره موجها مثاليا للعدل ــ انما يفرض نفسه على ارادة المشرع والدولة · فليست الدولة حرة فى وضع القواعد القانونية على هواها · وانما هى تلتزم باحترام هذا الموجه المثالى ، لانها ليست الا خادمة لفكرة العدل · ومن هنا كان المثل الاعلى للعدل هو جوهر القانون ، والقوة التى تفرض احترامه على الناس · فالقانون الوضعى ينبغى أن يطاع لا لانه هو القانون الذى وضعته الدولة أو استنته الجماعة ، ولا لانه هو القانون الذى ترصد الدولة على كفالة احترامه ما تملك من قوى مادية باطشة ولكن لانه هو القانون العدل أى الذى يحقق المثل الاعلى للعدل ·

غير أن القانون الطبيعى لا تقتصر وظيفته على الهام المشرع أو القانون الوضعى وتوجيهه عند وضع القواعد القانونية ، وانما تمتد هذه الوظيفة وتنبسط ، اذ يبقى القانون الطبيعى هو الملاذ الذى يلجأ اليه القاضى أن التمس الحل فى قواعد القانون الوضعى فأعوزه . فهو يوجه القاضى ــ كما وجه المشرع أو القانون الوضعى ـ الى جوهر القانون أى الى العدل الذى ينبغى أن يسود · وهو بذلك يمنع القاضى ـ كما منع المشرع أو القانون الوضعى ــ ــ من التحكم والقضاء بغير العدل ، فيحفظ على القانون جوهره باعتباره مقيم العدل ·

وقد نبهت تشريعات كثيرة الى ما لفكره القانون الطبيعى من أثر وخطر باعتبارها تتضمن توجيها للقاضى الى المثل الاعلى للعدل يستلهمه فيما تقصر عن تناوله قواعد القانون الوضعى · ومن ذلك نص المادة الاولى (فقرة ثانية) من التقنين المدنى المصرى الحالى الذى يقضى بانه « اذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف · فاذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية · فاذا لم توجد ، فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة · » ·

وليس هنا مجال تفصيل القول بشان استلهام القاضى للقانون الطبيعى ، فذلك أمر يتعلق بتطبيق القانون ، ونحن نبحث الان فى تكوينه · ودور القانون الطبيعى فى هذا التكوين ـ كما أوضحنا ـ هو دور الموجه والملهم بما يتضمن

من أصول مثالية للعدل · ولعل التعبير عن هذه الاصول باصطلاح « **القانون** الطبيعى » كان من العوامل التى ساعدت على مهاجمة الفكرة التى تريد التعبير عنها من وجود مثل أعلى للتنظيم القانونى ينبغى استلهامه فيدخل بذلك فى تكوين القواعد القانونية · ومن هنا قد يكون من الاوضح أن نستبدل باصطلاح « القانون الطبيعى » اصطلاح « المثل الاعلى للعدل » أو « موجهات العدل المثالية » ·

وأيا كان الامر ، فالقانون الطبيعى — أى المثل الاعلى للعدل أو موجهات العدل المثالية — يبقى اذن فى منطق هذا المذهب هو أساس القانون الوضعى وجوهره : اذ هو الملهم بقواعده عند تكوينها من ناحية ، وهو المكمل لما قد يظهر — عند التطبيق — من قصورها ونقصها من ناحية أخرى

غير أن الاقتصار على المثل الاعلى للعدل باعتباره العنصر الوحيد المكون لجوهر القانون انما يبصر بشطر من الحقيقة دون الشطر الاخر ، اذ يبقى عنصر آخر هو عنصر الواقع من الحياة الاجتماعية · وقد بصرت بهذا العنصر المدرسة الواقعية ، لكنها اندفعت الى مثل الاسراف الذى اندفعت اليه المدرسة المثالية ولكن فى اتجاه مضاد ، فجعلت منه جوهر القانون على ما سنعرضه الان ·

الفصل الثانى

المدرســة الواقعية

L'Ecole réaliste ou positive

٦٣ ـ تمهيــــد

سادت المدرسة المثالية حتىأواخر القرن الثامنعشر ومطلع القرن التاسع عشر ، فكان الاعتقاد السائد عن جوهر القانون حتى ذلك الحين أنه مثل أعلى للعدل يستخلصه العقل • وهذا المثلالاعلى ـ فى منطق تلك المدرسة ـ هو الذى يسبغ على القانون صفة الشرعية التى تخلق طاعته فى النفوس اختيارا بما يحمل من عـــدل وخير . وهو الذى يحــل الالتجاء الى القوة فى سبيل أخذ المخالفين والمناقضين باحترام أحكامه ، اذ العدل دون قوة تسنده عدل أعرج. فلا تثريب على قوة تكفل اقامته واقراره اذ ترتفع بذلك عن أن تكون قوة عمياء تبطش لتكون قوة بصيرة تعدل • فالمثل الاعلى عند المدرسة المثالية اذن انما يمكن للقانون كسلطان عدل لا كسلطان جبر •

غير أن القرن التاسع عشر شهد مع تقدمه فلسفة جديدة تطلع فتذيع وتنتشر ؛ تلكهىالفلسفة الواقعية . وهى فلسفة تناقض الفلسفة المثاليةمن حيث انكارها لما تقوم عليه من تصور فكرى تراه هى ضربا من الحــدس والتخمين يتنزه عنه العلم بما ينبغى له من ضبط وثبات ويقين . ولذلك فهى لا تؤمن الا بالواقع المحسوس الملموس الذى تسجله المشاهدة وتؤيــده التجربة ؛ فكل معرفة عندها لا تقوم على الواقع ولا تؤكدها مشاهدة أوتجربة معرفة حدسية لا يقينية ، وهى بهــذا الوصف لا تعــد معرفة علمية بالمعنى الصحيح. وقد أريد لهذهالفلسفة الواقعية أن تنتظم الافاقجميعا، ما يقبل نهجها وما يستعصى عليه على السواء • فنفذت الى القانون تريد أن تخضعه

لمنطقها ونهجها ، وتطرح عنه كل تصور فكرى لا يقوم على أساس من الواقع المشاهد المجرب .

ولقد استعلنت هذه الفلسفة الواقعية ـ بماديتها التى تجر اليها القانون ـ فى مذهبين : مذهب نبت فى المانيا فى النصف الاول من القرن التاسع عشر هو المذهب التاريخى ، أو كما يسميه بعض الكتاب مذهب « التطور التاريخى » ايضاحا لما يقوم عليه من فكرة تطور القانون تطورا آليا . ومذهب ظهر فى فرنسا وكثر أنصاره فى أواخر القرن الماضى والثلث الاول من هذا القرن ، ثم فترت الحماسة له وضعف سنده فى الفقه اليوم ، هو مذهب التضامن الاجتماعى الذى يقيم القاعدة القانونية على أساس واقعى محض هو وجود تضامن بين الافراد فى المجتمع . ونعرض فيما يلى لكل من هذين المذهبين فى مبحث على حدة ، لنرى حظ المدرسة الواقعية من تحديد جوهر القاعدة القانونية .

المبحث الاول

المذهب التاريخى (١)

L'Ecole Historique

٦٤ ـ تمهيد

نجد ارهاصات هذا المذهب فى فرنسا منذ القرن الثامن عشر عند الفيلسوف « منتسكيو » (Montesquieu) (٢)؛ فقد أظهر أثر البيئة فى اختلاف

---

(١) أهم المراجع :

Beudant, op. cit., pp. 189 - 215. —Capitant, op. cit., Nos. 5, 6. — Charmont, op. cit., pp. 77 - 95. — Del Vecchio, op. cit., pp. 136 - 141.— Du Pasquier, op. cit., No 244. Rommen, op. cit., pp. 140 - 146. — Roubier, op. cit., No. 13, pp. 106 - 114. — Saleilles, article précité. — Friedmann, pp. 119 - 123.

عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرات ٣٦ ـ ٣٨ .

(٢) اذ يقول : « ينبغى أن تكون القوانين خاصة بالشعب الذى تخلق له ، حتى أنه ليكون محض صدفة أن توافق قوانين أمة أمة أخرى ... فالقوانين ينبغى أن تناسب طبيعة البلاد ... ومركزها واتساعها ، ونوع الحياة التى تحياها الشعوب .. ودين السكان وميولهم وأخلاقهم وعاداتهم » .

Monstesquieu, op. cit., Livre I, Chapitre III, pp. 10, 11,

القوانـــين فى كتـــابه « روح الشرائـــع » . وكذلك فقـــد عبر الفقيـــه بورتاليس (Portalis)، أحد واضعى التقنين المدنى الفرنسى فى مفتتح القرن التاسع عشر ، عن عقيدة قام عليها المذهب التاريخى فيما بعد ، هى أن القانون يوجد ويتطور آليا مع تقدم الزمن دون تدخل من الارادة الانسانية ، حيث يقول : «تتكون تقنينات الشعوب مع الزمن فهى — فى الحق — لاتصنع»(١) .

ثم خرج من هذه الارهاصات المتناثرة العابرة مذهب محدد الاسس ، واضح المعـــالم ، هو المعروف باسم المذهب التاريخى . وهو الذى ظهـــر على يد سافينى (Savigny)، حين قام يحارب فكرة الدعوة التى ظهرت فى المانيا عام ١٨١٤ الى تقنين القانون المدنى أسوة بما سبقت اليه فرنسا من تقنين فى هذا المجال . فناهض — فى هذا الصدد — مذهب القانون الطبيعى ومايقوم عليه من مسلمات أولية لا يتوافر عليها دليل من الواقع المادى . واظهر أن العبرة فى القانون هى بالقواعد القانونية السائدة التى تسجلها المشاهدة وتعززها التجربة فى مجتمع معين . وقد دلت التجربة على أن القانون ليس واحدا ثابتا ، ولكنه متغير فى الزمان والمكان ، يخضع فى ذلك لعوامل البيئة المختلفة المتعددة ، وهو متطور تطورا موافقا ومسايرا لتطور البيئة نفسها ، ممـــا يستعصى معه تحديده وتثبيته فى تقنين تثبيتا يفضى الى جموده وقعوده عن حركة التطور .

٦٥ — تعاليم المذهب التاريخى

القانون — فى منطق المـــذهب التاريخى — ليس من خلق ارادة انسانية بصيرة عاقلة ، ولا هو من وحى مثل أعلى يوجه الى ادراك غاية معينـــة ، ولكنه من صنع الزمن ونتاج التاريخ ، اذ هو وليد حاجات الجماعة ومايتفاعل فى وجدانها من عوامل .

والجماعة ليست بالوحدة الزمانية التى يجدها زمن معين أو يمثلها جيل معين ، وانما هى كالسلسلة تتدرج فى حلقاتها الاجيال وتتعاقب على مر الزمن

---

(١) cité par Beudant, op. cit., No. 122, p. 196.

فيرتبط فيها الحاضر بالماضى ، ويمهد الحاضر للمستقبل . ومن هنا لم يكن القانون ثمرة جيـل بعينه من أجيال الجماعة ، وانمـا هو ثمـرة التطور التاريخى لهذه الجماعة ، وامتداد لماضيها وتسلسل لتراثها . فهو يتكون من عمل صامت مستمر جماعى يساير ركب الجماعة على الزمن ، كما يأخذ عنها طبيعتها وصفاتها الخاصة المتسلسلة منذ الازل(١) .

وعلى هذا النحويمكن تشبيه قانون أمة معينةبلغتها، فهما ـــ كأى مظهر من مظاهر نشاط الامة ـــ يخضعان لظاهرةالتطورالمساير لتطورالامة نفسها. فالامة تخلق قانونها كماتخلق لغتها بنفسها، وتقاليدها ـــ التى هى الميراث من تركة الاجيال المتصلة المتعاقبة ـ هى التى تسهر على حفظ القانون كما تسهر على حفظ اللغة ، وتشد القانون ـــ كماتشد ـــ اللغة ـــ فى تطورها الىعربة الماضى حتى لا يوجد فراغ أو توقف يهدد سير الامة نحو التقدم(٢) .

فالقانون عند المذهب التاريخى اذن انما ينبعث من جهد جماعى مشترك متصل ، تسهم فيه أجيال الامة المتعاقبة . وهوبذلك يكتسب صفة قومية وطنية خاصة تفرقة عن قوانين الامم الاخرى ، لانه انما يتولد من الضمير الجماعى (La conscience collective) لكل أمة نتيجة ما يتفاعل ويرسب فيـه على مر الزمان من حاجات هـذه الامة وطبيعتها ونزعاتهـا وميولها الخاصة . فهو يخضع فى تكوينه ونموه اذن لتلك القوى الصامتة الخفية غير الواعية التى تعمل وتتفاعل فىالضمير الجماعى لكل أمة ، ويتكون تكوينا ذاتيا آليا لاتفتعله ارادة انسانية أو تحوله عن طريق المرسوم(٣)

ومن هنا كان العرف ـــ فى منطق هذا المذهب ـــ هوالشكل الاكمل والاصدق للقانون ، لانه تعبير مباشر آلى عن الضمير الجماعى الوطنى ، وهو بذلك يفضل التشريع الذى يقتصر على أن يكون مجرد تعبـير غير مباشر عن هذا الضمير . فدور المشرع اذن ليس هو خلق القانون ـ فالقانون يخلق نفسه ـ

(١) Charmont, op. cit., p. 80. — Roubier op. cit., No. 13, p. 110

(٢) Roubier, op. cit., No. 13, p. 109.

(٣) Capitant ,op. cit., No. 6. — Roubier. op. cit., No. 13, p. 110.

وانما لا يعدو دوره مجرد تسجيل مضمون الضمير الجماعى وتطوره على مر الزمن (١) ، دون أن يمتد اليه بتعديل أو تغيير ومن هنا ، جاء عداء هذا المذهب للتشريع بوجه عام وللتقنين بوجه خاص ، حيث تقوم الخشية من أن يقف التشريع أو التقنين التطور التلقائى والجارى للقانون ، بتثبيت قواعده فى نصوص جامدة (٢)

٦٦ — نقد المذهب التاريخى

تلك نظرة موجزة فى بيان الاسس التى قام عليها المذهب التاريخى والتعاليم التى يدعو اليها . وليس فى الوسع انكار ما كان لهذا المذهب من فضل فى وصل القانون بالبيئة التى يحكمها وبالجماعة التى يتوجه الى تنظيم الامر فيها وصلا غفل عنه مذهب القانون الطبيعى مما ارتفع به عن واقع الحياة وأسبغ عليه صفة تفكيرية عقلية محضة · وبذلك أسهم المذهب التاريخى بنصيب موفور فى بيان الصفة الاجتماعية للقانون مما يفسر خضوعه لظاهرة التطور (٣)

ولكن هذا المذهب أسرف فى ربط القانون بالجماعة أسرافا جعلمنالقانون مجرد نتاج آلى ذاتى يخرج مما سماه بالضمير الجماعى ، أى من تلك القوى غير الواعية المستكنة فى روح الجماعة ، فأغفل بذلك دور الانسان ونشاطه الواعى وقدرته الارادية فى تكوين القانون ·

ولئن كان من غير المنكور أثر البينة وظروف الجماعةفى تكوينالقانون ، الا أنه ينبغى عدم الاقتصار على رد جوهر القانون الى ذلك وحده ، اذ من فوق عوامل الواقع الاجتماعى ، يوجد وعى الانسان وعقله ، وهو ما يبصر بالغاية التى يجب على القانون استهدافها استيحاء من مثل أعلى يتمثله ويجتهد فى ترسمه · فالقانون — ليس كاللغة — عملا آليا يولد دون جهدا أو توجيه ، بل هو عمل يقوم العقل الانسانى — بما يستخلصه من مثل عليا — على توجيهه وتسييره تسييرا واعيا بما يلائم ظروف البيئة والجماعة .

---

(١) Saleilles, article précité, p. 83.

(٢) Del Vecchio, op. cit., p. 138.

(٣) Capitant, op. cit., No. 6 — Del Vecchio, op. cit., p. 139.

فمن الخطأ اذن ماينـدفع اليه هذا المذهب من قصر النظر — فى تعرف جوهر القانون — على ناحية دون أخرى ، مما يحصره فى نطاق الواقع الاجتماعى المحض الذى يخضع لسنة التطور التاريخى الآلى ، دون بصر بحقيقة دور الارادة الواعية والعقل الانسانى فى تكوينه(١) .

وكذلك فان هذا المذهب باغفاله كل جهد للانسان فى تكوين القانون ، وقصره عمل المشرع على مجرد تسجيل ما يتولد من الضمير الجماعى - باعتبار أنه يصدر عن هـذا الضمير صدورا ذاتيا آليا — يقود الى نوع من الجبرية أو القدرية التى تقعد بالهمم عن الاسراع فى تطوير القانون ، ودفعه فى سبيل التقدم والرقى(٢) . فيمسك الافراد وقوفا مكتوفى الايدى انتظارا للتطـور المحتوم — الذى يجود به الزمن فى صمت وبطء اذا بلغ الضمير الجماعى الاجل المعلوم ، فاكتملت له محتمات هذا التطور - لا يملكون له تحويلا ولا تعجيلا . فكأن القانون يمضى — دون وعى أو شعور — الى مستقر له مجهول ،ويندفع معصوب العينين اندفاعا ذاتيا الى غير غاية أو هدف معلوم . وفى ذلك مافيه من انكار لطبيعة القانون ، واخضاعه لقواعد السببية ، التى تحكم الظواهر الطبيعية . والقانون — كما سبق البيان — ليس من العلوم الطبيعية أو التقريرية حتى تصدق فى حقه قواعد السببية ولكنه من العلوم أو النظم التقويمية التى تفترض غاية معينة محددة تستهدفها الارادة الانسانية الواعية ، مما يتيح تقويم سلوك الافراد وفقها والزامهم بالعمل على ادراكها .

وقد أثارت هذه النتائج التى ينتهى اليها المذهب التاريخى الفقيه الالمانى اهرنج (Jhering) ، ودفعته — وقد كان من أنصار هـذا المذهب — الى مهاجمته وتأسيس مذهب جديد عرف باسم **مذهب « الكفاح »** (Lutte) **او الغاية** (But) .

---

(١) Capitant, ibid. — Beudant, op. cit., No. 123 — Roubier, op. cit., No. 13, p. 111.

(٢) Roubeir, op. cit., No. 13, p. 112. — Del Vecchio, op. cit., p. 139.

وقد احتفظ فى مذهبه الجديد هذا بما يعتنقه المذهب التاريخى من خضوع القانون لظاهرة التطور ، ولكنه رد هذا التطور الى الارادة الانسانية العاقلة الواعية . لا الى تلك القوى الخفيـــة اللاشعورية التى تتفـــاعل فى ضمير الجماعة . فالقانون عنده ليس من الظواهر الطبيعية أو المادية حتى يخضع لقانون السببية ولكنه يبتغى غاية معينة يسعى الى تحقيقها . ومن هنا لم يكن تطوره تطورا أعمى يندفع على غير هدى ، ولكنه تطور يندفع عن بصيرة واعية نحو تلك الغاية .

فالقانون اذن هو وسيلة مبصرة لادراك غاية معينة هى حفظ المجتمع ، وهذه الوسيلةتتحكم فيها وفىتكييفها — بما يكفل ادراك هذهالغاية — ارادةالانسان الواعية . والقانون على هذا النحو ليس وليد البيئة الاجتماعية ينشأ ويتطور آليا — كما يدعى المذهب التاريخى — ولكنه وليد الارادة الانسانية يصدر ويتطور عن وعى وادراك (١) .

وما دام القانون لا يتطور آليا ، ولكنه يتطور بفعل الارادة الانسانية ، فتطوره لا يتم غالبا فى يسر أو لين ، اذ يقوم التنازع بين أصحاب المصالح المتعارضة فى بقاء القانون وتطوره ويتوسل كل فريق بالكفاح لترجيح كفته ، فيرتهن تطور القانون اذن بنتيجة الكفاح والصراع . والتاريخ حافل بأمثلة الثورات والكفاح المرير فى سبيل تغيير النظم القانونية وتطويرها (٢) .

وأيا كان الرأى فى مذهب اهرنج ، واسرافه فى تحكيم الارادة الانسانية وحدها فى تكوين القانون وتطويره ، وتعليق ذلك على الكفاح الذى ترتهن نتيجته بالقوة لا بالعقل ، فقد كان له فضل التنبيه الى أخطاء المذهب التاريخى فى رد نشأة القانون ونموه الى حركة آلية لا شعورية ، وتصور القانون مندفعا فى تطوره الى غير غاية معلومة .

---

(١) Charmont, op. cit., p. 89. — Roubier, op. cit., No. 13, pp. 111, 112.

(٢) Jheriug, Lutte pour le droit, cité par Charmont, op. cit. p. 86.

غير أن المآخذ على المذهب التاريخي لا تقف عند هذا المدى · فيبقى أنه يدعو الى نوع من الوطنية القانونية ، اذ يرى القانون وليد الروح الشعبى الجماعى بخصائصه القومية والوطنية المتراكمة على مر الزمن فى تاريخ حياة كل أمة (١) . وهو بذلك يغفــل حقيقة واقعة . هى أنه رغم اختـــلاف القوانين باختلاف بيئة وتراث كل أمةوجماعة ، فثمة قدر مشترك من الاسس والاصول العامة بين قوانين الامم والجماعات المختلفة مرده وحدة العقل البشرى وتشابه الطبيعة الانسانية على اختلاف الزمان والمكان ، مما يحتم رد جوهر القانون ، لا الى عوامل البيئة المحلية القومية فحسب ، ولكن كذلك الى نشاط الارادة الانسانية البصيرة الواعية ·

وفضلا عن ذلك فقد نقضت التجربة دعوى طبع القانون بطابع وطنى بحت يربطه بخصائص الامة وتاريخها · فثمة أمم ضربت صفحا عن عوامل بيئتها ، وما ثبت من تقاليدها وتاريخها ، ونقلت عن غيرها من الامم المختلفة فى البيئة والتقاليد قوانينها الخاصة ، فما وقف هذا النقل عقبة فى سبيل نجاح تطبيق تلك القوانين فى غير بيئتها . ولعل خير شاهد على فساد دعوى الوطنيــة القانونية التوفيق الذى صاحب تطبيق نصوص القانون المدنى السويسرى فى تركيا عقب الثورة الكمالية · والنجاح الذى صادفه فى مصر ـ منذ الربع الاخير من القرن الماضى ـ تطبيق التقنينات المختلطة والاهلية المنقولة نقلا يكاد يكون حرفيا عن التقنينات الفرنسية فى غير مسائل الاحوال الشخصية ، رغم انقطاع الصلة فى البيئة والتقاليد والتاريخ بين هذه الدول ·

وأما نظرة المذهب التاريخى الى العرف باعتباره الشكل الامثل الذى يصدر به القانون ، فمجاراة منه لمنطقه فى نشوء القانون وتولده من الضمير الجماعى اللاشعورى ، وهو ما سبق تفنيده · هذا فضلا عن أن تلك النظرة الى العرف ـ أن صحت فى عصور الانسانية الاولى حيث يكاد يتكون القانون تكوينا آليا ـ فهى لا تصدق اليوم فى شأن المجتمعات الحديثة التى قطعت من الحضارة

---

(١) Roubier, op. cit., No. 13, p. 112.

شوطا غير يسير ، حتى تعددت فيها الحاجات وتعارضت المصالح ، مما حتم تدخل الارادة الواعية العاقلة — بنصيب موفور — فى تسيير القانون ، وتخير أصلح الوسائل واقربها الى تحقيق الغاية منه ، حتى غدا التشريع اليوم — فى أغلب الدول — هو الشكل الاهم والامثل للتعبير عن القواعد القانونية ، لا كمجرد آلة عمياء لتسجيل تكون القانون وتطوره الالى ، ولكن كارادة بصيرة قادرة موجهة ، تهيمن على مصائر القانون فى حدود غايته المرسومة ، وتدفعه خطوات الى الامام فى سبيل التطور والتقدم (١) ٠

وأيا ما كان الامر ، فقد أتيح للمذهب التاريخى الذيوع والانتشار فى القرن التاسع عشر ، ثم توالت عليه الهجمات منذ مهاجمة « اهرنج » له ، حتى غدا اليوم فى الفقه مزعزع البنيان قليل الانصار ، وان بقيت من تعاليمه حقيقة ارتباط القانون بالبيئة التى ينشأ فيها ، ولكن كعنصر من العناصر المكونة لجوهر القانون ، لا كعنصره الوحيد ٠

المبحث الثـانى

مذهب التضامن الاجتماعى (٢)

Le Doctrine de la Solidarité Sociale

٦٧ ـ تمهيد

قلنا ان القرن التاسع عشر شهد مطلع فلسفة جديدة هى الفلسفة الواقعية ، حاولت أن تنفذ الى كل الافاق ، فتخضع لنهجها كل معرفة انسانية ، دون تفرقة بين ما تتناوله من ظواهر ، طبيعية كانت أو ارادية ٠

---

(١) Roubier, ibid. — Del Vecchio, op. cit., pp. 139, 140.

(٢) اهم المراجع :

Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. I, 3e éd., 1927., Leçons de droit public général, 1926. Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, No. 31, 33 - 38. Gény, Science et technique en droit privé positif, t. II, Nos. 115 - 133; t. IV, pp. 159 - 213. — Le Fur, Le fondement du droit dans la doctrine de L. Duguit, Arch. de phil. du droit, 1932, Nos. 1 - 2, pp. 175 - 212. — Kira (H.), La théorie de l'abus de droit en droit fraiçais et en droit égyptien, thèse, Paris, 1952, notamment, pp. 14 - 36. Réglade, Théorie général du droit dans l'œuvre de L. Duguit, Arch. de phil. du droit, 1932, Nos. 1 - 2, pp. 21 - 67.

وقد وجدت هذه الفلسفة صدى لها عند فقيه من أكبر فقهاء فرنسا هو « ديجى » (Duguit) ، فنزلت من نفسه منزلة العقيدة والايمـــــان واعتنق منهاجها العلمى الواقعى الذى يقوم على المشاهدة والتجربة ، واعتبره الطريقة الوحيدة للمعرفة الصحيحة . فاجتهد فى اخضاع القانون لهذا المنهاج الواقعى ، وتخليصه مما يهيمن عليه من مسلمات أولية لا يقوم عليها دليل مادى محسوس . وأسس ــ فى سبيل ذلك ــ مذهب «التضامن الاجتماعى»

٦٨ ــ أسس مذهب التضامن الاجتماعى

لم يفتر « ديجى » ــ فى كل آثاره ومؤلفاته ــ عن الالحاح فى بيان منهاجه فى البحث ، ووصفه بأنه منهاج واقعى بحت ، وفى أن هذا المنهاج هو الكفيل وحده بتشييد نظرية علمية للقانون ، يختفى فيها التسليم ابتداء بأصول ومبادىء أولية تفرض فرضا أو يستخلصها جهد العقل ، دون أن يقوم عليها دليل من الواقع المشاهد المحسوس . فذلك عنده ضرب من الخيال والاوهام وتجاوز لدائرة الواقع المعلوم حيث يسهل التثبت واليقين ، الى دائرة المجهـــول مما يجاوز الطبيعة والمحسوس (La Méthaphysique) حيث يستعصى الحكم الا بالفروض والظنون ، وهو ما يتنزه عنه العلم الذى يستلزم الاحكام والضبط والتحديد . فالمعرفة العلمية الصحيحة التى ينبغى أن تتوافر للقانون ــ توافرها لغيره من العلوم ــ تحتم عنده اذن عدم الاعتداد والتسليم فيه الا بما تســـجله « المشاهدة » (L'observation) وتـــؤيده « التجربة » (L'expérience) (١) .

ولم يكن ثمة مناص من أن يتأدى اتباع هذا النهج الواقعى البحت بديجى الى احداث انقلاب شامل فى تصور القانون ، فينكر كثيرا من الاسس التى يقوم عليها القانون ، كفكرة الحق ، وفكرة الشخصية القانونية بما فيها شخصية الدولة ، وفكرة السيادة ، وفكرة الاصول أو الموجهات المثالية المهيمنة على

---

(١) Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. I, pp. XV - XVIII ; Leçons de droit public général, pp. 34 - 36.

وضع القواعد القانونية · وليس يعنينا فى هذا المجال أن نعرض ـ من ذلك كله ــ الا لانكار الفكرة الاخيرة ، فهذا الانكار هو الذى حدا بديجى الى اقامة القاعدة القانونية على أساس من الواقع التجريبى ، هو ظاهرة التضامن الاجتماعى .

يبــدأ « ديجى » بتســجيل الحقــائق الواقعيــة التى تقطع المشــاهدة والتجربة بصحتها . وأول هذه الحقائق عنده أن الانسان كائن اجتماعى ، لا يملك أن يعيش الا فى المجتمع ، فلقد عاش فيه دائما ، وسيعيش فيــه أبدا(١). وثانى هذه الحقائق أن الافراد فى المجتمع تربطهم رابطــة تضامن (solidarité) : ذلك أن لهم حاجات مشتركة لا يمكنهم تحقيقها الا بالحياة المشتركة ، فهم مرتبطون اذن بنوع من التضامن ، هو « التضامن بالاشتراك أو التشابه » فى نفس الحاجات (solidarité par similitude) . وكذلك فمقدرتهم وكفايتهم مختلفة ، مما يرغمهم على تبادل الخدمات فى نــوع من « التضامن بتقسيم العمل »(solidarité par division du travail) (٢).

فالانســـان لا يعيش اذن الا فى مجتمع ، والمجتمع يرتبط أفراده برابطة التضامن لانهم لا يستطيعون أن يعيشوا فيه بغير تضامن ، والتضامن لابد لتحقيقه من قواعد تنظم سلوك الافراد وفقه .

من كل هذه الحقائق الواقعية المتسلسلة تولد فكرة الاصل أو الحد الاجتماعى (norme sociale) ، الذى يوجب الامتناع عما يخل أو يضر بالتضامن الاجتماعى ، كما يوجب العمــل على تحقيق هــذا التضامن وتنميته · والاصل الاجتماعى قــد يكون مجــرد أصــل اقتصــادى (norme économique) حينما يحكم نشاط الافراد المتصل بالتداول واستهلاك الثروات ، ولا يترتب على مخالفته من جزاء الا خسارة محققه فى الثروة · وقد يكون أصلا أخلاقيا (norme morale) ، يضع قواعد للاداب

---

(١) Duguit, op. cit., t. I, No. 5, pp. 65, 66.

(٢) Duguit, op. cit., t. I, No. 7, pp. 85 - 96.

والتصرف فى الحياة الاجتماعية ، ينبغى التزامها اذا أريد عــدم التعرض لاستنكار الناس (١)

وقد يرتفع الاصل الاقتصادى أو الاصل الاخلاقى الى مرتبة الاصل القانونى (norme juridique) ، فيتخذ الجزاء على مخالفته صورة الاجبار الاجتماعى عن طريق استخدام القوى المنظمة التى تحتكرها الحكومات اليوم فى الدول الحديثة باعتبارها سلطة الاجبار فى الجماعة .

ولكن متى يرتفع الاصل الاقتصادى أو الاخلاقى الى مرتبة الاصل القانونى الذى تكفل احترامه قوة الاجبار الاجتماعى ؟ · لا يسلم « ديجى » بأن الاصل يصبح قانونيا لمجرد ترتب اجبار اجتماعى على مخالفته ، والا انتهى الامر الى أن تكون الدولة ـ وهى التى تحتكر سلطة الاجبار فى الجماعة ـ هى التى تخلق القانون ، مما يجعل القوة هى أساس القانون ، وهو ما لا يمكن قبوله · ولكنه يرى أن الاصل يصبح قانونيا عندما تدرك كتلة الافراد المكونين للجماعة أن احترامه ضرورى لحفظ التضامن الاجتماعى ، وأن كفالة هذا الاحترام تقتضى استخدام قوة الاجبار الاجتماعى (٢) · أى أن معيار الاصل القانونى أو أساس القاعدة القانونية كان عند « ديجى » هو شــعور جمهور الافراد بالتضامن الاجتماعى ، وباختلاله أن لم تقف على كفالته قوة الجماعة المادية المنظمــة .

ثم بدا لديجى فى أواخر أيامه ـ ازاء ظهور عدم كفاية شعور التضامن كأساس للقاعدة القانونية ـ أن يعززه بأساس ثان هو شعور العدل · وهو يحرص على التنبيه الى أنه لا يقصد بهذا الشعور الاخير التعبير عن مبدأ أو مثل أعلى للعدل أو عن فكرة العدل فى ذاتها ـ فذلك ضرب من المسلمات الاولية التى يطرحها ــ وانما يقصد به ذلك الشعور المبهم ــ فى قليل أو كثير ــ لدى جمهرة الافراد فى المجتمع بما هو عدل وبما ليس بعدل (٣) .

---

(١) Duguit, op. cit., t. No. 8, pp. 89 - 91.
(٢) Duguit ,op. cit., t. I, No. 8, pp. 93 - 94.
(٣) Duguit ,op. cit., t. I, No. 11, pp. 119.

فانه ان يكن لدى الفرد شعور بالتضامن مع غيره من الافراد ، فذلك لانه كائن اجتماعى . ولكنه فى ذات الوقت كائن فردى ، عنده شعور أنانى أى شعور بنفسه وبأنه له قدر من التفرد والاستقلال ، وذلك يوجد عنده شعور العدل ، وهو شعور خاص بالطبيعة الانسانية لافكرة عقلية مطلقة يستخلصها العقل ، ذلك أن شعور كل فرد بكيانه المستقل عن سائر الافراد وبحقوقه التى يختص بها وحده دونهم ، يلزم كلا منهم باحترام كيان الاخرين وحقوقهم الخاصة وعدم الاعتداء عليها (١) ٠

فنشاط الانسان اذن محكوم دائما بشعوره المزدوج بصفته الاجتماعيةالتى تولد عنده شعور التضامن ، وبصفته الفردية التى تولد عنده شعور العدل ٠ ومن هنا ، كان أساس القاعدة القانونية ـ فيما ينتهى اليه « ديجى » ـ أساسا مزدوجا يقوم على عنصرين : الاول هو « شعور الاجتماعية أو شعور التضامن » (Sentiment de la socialité de la solidarité) ، والثانى هو « شعور العدل » (Sentiment de la justice) (٢) . وبذلك يتوافر للقاعدة القانونية الاساس الواقعى المستمد من المشاهدة والتجربة ، بدلا من الاساس التقليدى الذى يقوم على مجرد التصوروالتفكير فيفرض بضعة من المبادىء أو المثل العليا كمسلمات أولية .

فالقاعدة القانونية اذن عند « ديجى » ليست هى تلك القاعدة التى توضع بالتطبيق لاصل أو مثل أعلى ، كما يدعى مذهب القانون الطبيعى ، ولا تلك القاعدة التى يقوم على كفالة احترامها اجبار الدولة فعلا ، كما تدعى المذاهب التى تعقد القانون بمشيئة الدولة ، ولكنها هى تلك القاعدة التى يشعرجمهور الافراد المكونين للجماعة أنها ضرورية ولازمة لصيانة التضامن الاجتماعى ، وان من العدل تسخير قوة الاجبار فى الجماعة لكفالة احترامها(٣) .

---

(١) Duguit, op. cit., t. I, No. 11, pp. 120, 121.

(٢) Duguit, op. cit., No. 11, pp. 124, 125.

(٣) Duguit ,op. cit., No. 12, pp. 127, 128.

٦٩ ـ نقد مذهب التضامن الاجتماعى

أول وأهم ما يرد من نقد على مذهب « ديجى » هو منهاجه الواقعى التجريبى الذى يريد أن يخضع له القانون • فان مثل هذا المنهاج ، ان كان يصدق فى شأن الظواهر الطبيعية التى تخضع لناموس « السببية » (La causalite) حيث لا يتصور تخلف النتيجة ان وجد السبب ، فهو لا يصدق فى شأن الظواهر الارادية التى تخضع لناموس « الغاية » (La finalite) حيث يتصور تخلف الارادة عن تحقيق الغاية المرسومة •

ذلك أن الظواهر الطبيعية مسيرة لا مخيرة تتحقق آليا اذا توافرت أسبابها ، أما الظواهر الارادية فلا يوجد فى شأنها الا واجب تحقيق غاية معينة ، فتملك الارادة طاعته كما تملك عصيانه على السواء ، فالقانون ـ وهو يحكم الظواهر الارادية ـ لا يملك اخضاع الفرد قسرا لفعل معين كما يملك اخضاعه لذلك قانون الجاذبية مثلا ، اذ ليس هو بقانون وجوده وانما هو قانون واجبه فحسب • والوجود ان كان يدرك بالمشاهدة والتجربة ، فلا كذلك الواجب • اذ الواجب مفروض لادراك غاية مرسومة ، والغاية انما يتصورها ويستخلصها العقل خارج دائرة المشاهدة والتجربة ، ويفرضها ـ كمثل أعلى ـ فرضا مسلما لا يقبل النقاش .

ومن هنا ، فالقانون ـ وهو يفرض واجبا بتحقيق غاية معينة ـ انما يقوم سلوك الافراد الحاصل فى العمل تقويما يوافق تلك الغاية . فهو لا يقنع اذن باصدار أحكام تقريرية (jugements de réalité ou d'existence) تسجل الواقع الذى شهدت به التجربة ، شأن العلوم الطبيعية ، ولكنه يجاوز ذلك الى اصدار أحكام تقويمية jugements de valeur فى شأن الواقع ، أى يعطى للواقع قيمة معينة بالقياس على مثل أعلى يفرضه العقل (١) . فالقانون لا يقرر اذن ما هو كائن . وانما يقوم ما هو كائن تقويما يقرر به ما ينبغى أن يكون ، أى ينتقل من الواقع

---

(١) راجع فى التفرقة بين الظواهر الطبيعية والظواهر الارادية ، وفى التفرقة بين الاحكام التقريرية والاحكام التقويمية :

Baudin, Introduction générale à la philosophie, 1927, pp. 160, 161.
Bonnard, L'origine de la l'ordonnancement juridique, Mélanges Hauriou, =

الى الواجب ، فيجاوز بذلك دائرة المشاهدة والتجربة الى دائرة العقل والتفكير حيث يمكن التقدير والتقويم ٠

كل ذلك يفصح عن أن الواجب لا يمكن أن يخرج من الواقع ، أى أن القانون لا يمكن أن يخرج من المشاهدة والتجربة ، وانما هو أساسا عمل تقويمى يقوم به العقل فيما وراء المحسوس ٠ فاخضاع القانون للمنهاج الواقعى التجريبى اذن ـ كما يفعل « ديجى » ـ انما هو اغفال لطبيعة القانون وانكار لوظيفته مما ينتهى به الى أن يستمد شرعيته فى النفوس من مجرد وجوده ، لا من افتراض وجوبه . وهذا ما ينزلق اليه « ديجى » فعلا حين يصف القاعدة القانونية بأنها مجرد قاعدة واقع ، تفرض على الافراد بقوة الواقع لا بمقتضى مبدأ أو مثل أعلى أيا كان ، فهى عنده لا تقول للفرد : « افعل هذا ، لان هذا خير أو نافع أو تتوقف عليه سعادتك ، بل تقول له افعل هذا لان هذا كائن ٠٠٠ » (١) ٠ فماذا يبقى للقانون من قيمة اذن ان كان يفرض بقوة الواقع لا بقوة الواجب ؟ (٢) ٠

ويبقى بعد ذلك أن نسجل على « ديجى » أنه كثيرا ما ينزلق الى مجاوزة حدود الواقع التجريبى الى ما وراء المحسوس ، فيناقض نفسه ومنهاجه العلمى الذى يلتزم به (٣) ٠ فهو يقيم القاعدة القانونية على أساس شعور التضامن بين الافراد فى المجتمع باعتبار أن هذا الشعور واقع متثبت منه بالمشاهدة والتجربة ٠ ولكن ليس هذا بالواقع الوحيد الذى يمكن اثباته علميا ، فثم واقع تجريبى آخر هو التنافس والتنازع بين الافراد فى المجتمع ٠ فكيف

= pp. 61-64. R. Capitant ,thèse précitée, pp. 1 et s.; note «1» pp. 90, 91. Gény, op.cit., t. I, Nos. 22, 30, 60. Lalande, Lectures sur la philosophie des sciences, Nos 94 et s. Réglade, Essai sur le fondement du droit, Arch. de phil. du droit, 1933, Nos. 3 - 4, pp. 165 et s. — Roubier, op. cit., No. 14, pp. 126 et s. — Notre thèse précitée, pp. 19 - 22.

(١) Duguit, l'Etat, le droit objectif et la loi positive, p. 16.

(٢) Notre thèse précitée, p. 34.

(٣) راجع فى ذلك :

Gény, op. cit., t. II, No. 133, p. 264 et s. — Cuche, Conférences de philosophie du droit, 1928, 2e conf., pp. 52 - 58.

تخير « ديجى » شعور التضامن دون شعور التنازع بين الافراد وجعله أساساً للقاعدة القانونية ، الا أن يكون قد عمد الى تقويم كل من الشعورين بالقياس على مبدأ أو مثل أعلى يفرضه العقل ، فيكون بذلك قد ارتفع من التقرير الى التقويم . فخرج من المحسوس الى ما وراء المحسوس ، وجاوز نطاق العلم الى نطاق الفكر(٤) .

هذا فضلا عن أن التضامن فيه الصالح والطالح ، ولا يمكن أن يكون المقصود هو جعل أساس القاعدة القانونية التضامن أيا كان أو التضامن الطالح ، وانما الذى لا شك فيه أن « ديجى » قد قصد التضامن فى الخير والعدل كأساس للقانون ، فيكون بذلك قد أصدر حكما تقويميا على التضامن دون اكتفاء بمجرد التقرير فى شأنه ، وهو ما يخرج به عن دائرة الواقع المحسوس الذى يلتزمه . فالتضامن اذن ـ كحقيقة واقعية تجريبية ـ لا يصلح أساسا للقاعدة القانونية الا باعطاء قيمة معينة بالقياس على مثل أعلى يستخلصه العقل ، مما يثبت استحالة اتخاذ الواقع أساسا للقانون .

ولعل وضوح هذه الحقيقة هو الذى حمل «ديجى» فى أواخر أيامه على أن يعزز شعور التضامن بشعور العدل كأساس للقانون . وقد كان ذلك خليقا أن يتيح له الاساس السليم لمذهبه ، لولا أنه قنع من العدل بالشعور الذى يتمثله له جمهور الافراد ، فلم يرتفع الى فكرة العدل فى ذاته كفكرة مثالية مجردة. ولا يحتاج مثل هذا النظر الى التدليل على ما يجر اليه من خطر تحكم الاهواء والعقائد والنزعات ، اذ يجعل من العدل مجرد شعور شخصى صادر من جمهور الناس ، لا حقيقة ثابتة موضوعية يستخلصها العقل ويفرضها على الناس . وليس يدرك القانون غايته ، فيأمن الفوضى والتحكم ، الا اذا استوى على الحقائق الموضوعية دون النزعات الشخصية .

ومن هنا ، ينبغى ــ فى تأصيل القانون ــ الاستناد الى حقيقة العدل كما يفرضه العقل ، لا الى واقع ما يتمثله جمهور الافراد فى جماعة من الجماعات

---

(١) فى هذا المعنى :
عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ٥٠ .

للعدل ، فالافراد هم الذين يخضعون للعدل وليس العدل هو الذى يخضع للافراد حتى يرتهن بادراكهم أو اعتقادهم . والقول بغير ذلك ـ كما يذهب « ديجى » ـ يحتم اعتبار نظم كالرق والتفرقة العنصرية ـ التى وجدت فى الجماعات القديمة ، والتى ما زالت موجودة عند بعض الجماعات الحديثة ـ نظما عادلة ، لمجرد شعور الافراد فى هذه الجماعات واعتقادهم أنها كذلك ، وهو ما لا يمكن التسليم به (١) .

ويبقى بعد ذلك أن مذهب « ديجى » يحتم منطقه جعل القاعدة القانونية رهنا بشعور وارادة أغلبية الافراد . وهو ، وان كان يتحرز من التصريح بذلك ، اذ يتكلم حينا عن « الاجماع » (Unanimité) ، وحينا آخر عن « شبه الاجماع » (Quasi-Unanimité) (٢) ، وغالبا عن « جمهور الافراد » (La masse des individus) (٣) ، الا أن ظروف العمل لا تسمح بتوافر اجماع الافراد فى الجماعة على شعور معين بشأن التضامن أو العدل ، ولا بما يقرب من الاجماع على ذلك . فلا ينبغى اذن الا أن يكون المقصود هو كثرة الافراد أو غالبيتهم ، وهو ما قد يفصح عنه اصطلاح « جمهور الافراد » الذى يكثر « ديجى » من ترديده . فكأن القاعدة القانونية فى مذهب « ديجى » تنتهى الى أن تكون هى تلك القاعدة التى يجتمع شعور أغلبية الجماعة على أن التضامن الاجتماعى يختل اذا لم يكفل احترامها ، وعلى أن من العدل كفالة هذا الاحترام بقوة الاجبار الجماعى .

وتعليق الامر بأغلبية عددية لا يمكن التسليم به فى شأن القاعدة القانونية ، فلا عبرة فى مجال الحقائق بقلة العدد أو وفرته . فالحقيقة توجد فى نفسها وجودا مستقلا عن وجودها فى شعور الناس ومعتقداتهم ، بحيث لا ينتقص منها أو ينقضها أنه لايعتنقها الا قلة من الافراد ، أو حتى أنه لا يعتنقها أحد من

---

(١) Notre thèse précitée, p. 31.

(٢) Duguit, op. cit., t. I, No. 11, p. 124.

(٣) Duguit, op. cit., t. I. No. 6, p. 81; No. 8, p. 94; No. 12, p. 127; No. 13, p. 144.

الافراد · فرغبة أغلبية الافراد فى جماعة من الجماعات مثلا فى اباحة تعاطى المخدرات ، لا تثبت بحال من الاحوال فضل الاباحة على التحريم فى هذا الشأن . وفى العصور القديمة كان الاجماع أو شبه الاجماع منعقدا على تأييد نظام الرق ، وليس ذلك وحده بكاف لتبرير شرعية هذا النظام .

والمهم أن تعليق القاعدة القانونية بارادة الاغلبية ـ كما ينتهى الى ذلك فعلا مذهب « ديجى » ـ فيه مناقضة للغاية التى كان يسعى اليها « ديجى » من التفرقة بين « القانون الحقيقى أو الموضوعى » (Le droit objectif) وبين « القانون الوضعى أو المطبق » (Le droit positif) ، أى بين القانون فى ذاته وجوهره ، وبينه فى تطبيقه وايجابيته · اذ ينتهى الامر عملا الى أن يكون القانون الحقيقى أو الموضوعى هو نفسه القانون الوضعى ما دام أنه مرتهن بارادة الاغلبية ، وارادة الاغلبية ـ فى الدول التى تسود فيها الديمقراطية اليوم ـ هى التى تصنع أكثر قواعد القانون الوضعى ، فتصبح القاعدة القانونية بذلك هى القاعدة المطبقة فى العمل · وتلك نتيجة تقرب من النتائج التى ينتهى اليها مذهب رد القانون الى مشيئة الدولة ، ذلك المذهب الذى حاربه « ديجى » نفسه وعارضه بمذهبه فى وجود قانون أعلى مستقل عن القانون الوضعى ، وهو القانون الحقيقى الذى يتكون فى شعور الافراد ·

وأيا ما كان الامر ، فلم يتح لمذهب « ديجى » أن يجمع حوله جانبا كبيرا من الفقه . فظل الفقه فى كثرته الغالبة منكرا له مبصرا بخطأ ما يدعو اليه من تلمس أساس واقعى للقاعدة القانونية ، مما حمل أنصاره ـ بعد موت صاحبه ـ على العدول عن كثير من أسسه ونتائجه · ولكن أيا كانت أخطاء هذا المذهب ، فيبقى أن له فضلا غير منكور فى زعزعة الاعتقاد الذى كان سائدا بأن القانون هو مجرد عمل عقلى بحت ، بما سلط من أضواء على الحقائق الواقعية المستمدة من الحياة الاجتماعية وأثرها فى تكوين القانون · فلا يتصور ـ فى تأسيس القانون وتأصيله ـ اغفال هذه الحقائق ، وان يكن من الاسراف تضخيم أثرها تضخيما يحجب غيرها من العوامل والحقائق التى يسلم بها العقل كما فعل « ديجى » ·

الفصل الثالث

الجمع بين فقه المدرسة المثالية والمدرسة الواقعية

٧٠ ــ ضرورة الجمع بين المدرستين

يخلص من كل ما تقدم أن الغلو والاسراف فى تصور جوهر القانون هما طابع فقه كل من المدرستين المتعارضتين: المدرسة المثالية والمدرسة الواقعية. ومرد هذا الغلو والاسراف قصر كل مدرسة النظر الى ناحية دون آخرى فى حين أنه ينبغى ــ فى تصور جوهر القانون ــ النظر الى الناحيتين جميعا دون الاقتصار على ناحية دون أخرى ٠ فمن وجه ، اذا كان للانسان وجود محسوس ككائن مادى مما يتيح اخضاع نشاطه لمنهج علمى واقعى تجريبى ، فينبغى عدم اغفال وجوده غير المحسوس ككائن روحى يستعصى على المنهج التجريبى ولا يخضع الا لما يمليه العقل ــ فيما وراء دائرة المشاهدة والحس ــ من غاية ومثل عليا . ومن وجه آخر ، فالقاعدة القانونية التى تحكم سلوك الانسان فى المجتمع ، هى قبل كل شىء قاعدة تقويمية : لا تقنع بتقرير الواقع من الحياة الاجتماعية عن طريق المشاهدة والتجربة ، بل تجاوز ذلك الى فرض واجب معين عن طريق تقويم هذا الواقع بالقياس على ما يفرضه العقل من مثل أعلى ٠ فالواقع وحده قاصر عن تكوين القاعدة القانونية أو تأسيسها لان المشاهدة ــ ان كانت تملك تسجيل الواقع ــ فهى تعجز عن تقويمه ، اذ التقويم يستقل به العقل فيما وراء المحسوس ٠

ولذلك فتكوين القاعدة القانونية ، انما يقوم على معرفة الواقع والبصر بمقتضياته وحاجاته بصرا صحيحا عن طريق المشاهدة والتجربة ، وعلى فرض الواجب فى شأن هذا الواقع وفق ما يمليه العقل من غاية أو مثل أعلى ، فهو

عمل علمى وعقلى فى آن واحد . وقد غدت كثرة الفقهاء الغالبة اليوم تؤيد هذا التحليل لتكوين جوهر القاعدة القانونية ، فتجمع بذلك بين فقه المدرسة المثالية وفقه المدرسة الواقعية · ولقد بدأ السير فى هذا الطريق وأرسى أسسه الفقيه الفرنسى العظيم « جينى » (Gény) . ثم تبعه الفقه الحديث — مع خلاف يسير فى التفصيل أو التقسيم — فرد جوهر القاعدة القانونية الى عنصر واقعى وعنصر مثالى ·

ولذلك نقسم الكلام فى هذا الفصل الى مبحثين :

المبحث الاول — فى العناصر المكونة لجوهر القاعدة القانونية عند «جينى».

المبحث الثانى — فى عنصر الواقع وعنصر المثال فى تكوين جوهر القاعدة القانونية ·

المبحث الاول

العناصر المكونة لجوهر القاعدة القانونية عند « جينى »

٧١ — تمهيـــد

يرجع الى الفقيه الفرنسى العظيم «جينى» Gény أكبر الفضل فى التفرقة — بصدد تكوين القاعدة القانونية — بين الجوهر والشكل ، فى مؤلفه القيم عن « العلم والصياغة فى القانون الخاص الوضعى » (science et technique en droit privé positif) فالجوهر أو المادة الاولية (donné) ، هو ما يستخلص من حقائق الحياة الاجتماعية طبقا لمثل أعلى معين ، والشكل أو البناء (construit) ، هو الصورة أو الهيئة التى تعطى لهذا الجوهر حتى يصبح صالحا للتطبيق فى نطاق العمل . وقد فضل « جينى » تسمية الجوهر أو المادة الاولية : « العلم » (la science) ، وتسمية الشكل أو البناء ، « الصناعة » أو « الصياغة » (la technique). وقد رسخت هذه التفرقة بين

الجوهر والشكل أو بين العـــلم والصياغة حتى صارت اليوم من الاسس التقليدية المسلمة فى فقه أصول القانون ٠

وليس يعنينا فى هذا المبحث الا الكلام عن جوهر القاعدة القانونية أو ما يسميه « جينى » : « العــلم » . وينبغى التنبيـــه فى هـــذا المقـــام الى أن اصطلاح « العلم » هنا لا يقصد به « جينى » المعنى الضيق الذى يقصده أنصار المدرسة الواقعية أى المعرفة اليقينية المستندة الى المشاهدة والتجربة بل انه يقصد به المعنى الواسع ، أى كل معرفة منطقية منهجية ، تجريبية كانت أو عقلية . ولذلك فهو يمزج — فى تصوره لجوهر القاعدة القانونية أو لعنصر العلم فيها — بين فقه المدرسة المثالية وفقه المدرسة الواقعية فيرد هذا الجوهر الى حقائق بعضها تجريبى وبعضها عقلى . وهى فى جملتها حقـــائق أربع ، الحقائق الواقعية أو الطبيعية ، والحقائق التاريخية ، والحقائق العقليـــة والحقائق المثالية ٠ فنعرض لكل منها على التوالى ٠

٧٢ — الواقعيـــة أو الطبيعيـــــة (données réelles ou naturelles)

هى تلك الحقـــائق التى تتـــكون من ظروف الواقع المحيـــطة بالناس فى الجماعة . وهـــذه الظروف قد تكون مادية كظـــروف المناخ والتربة وتكوين الانسان العضوى أو الجسمى ، وقد تكون معنوية كالحالة النفسية أو النزعات الاخلاقية أو الشعور الدينى ، وقد تكون مجرد ظروف اقتصادية ، أو قوى سياسية أو اجتماعية (١)

غير أن هذه الحقائق الواقعية لا تخلق بذاتها القواعد القانونية ، ولكنها ترسم لها الحدود وتعين النطاق أو على الاقل تكون البيئة اللازمة لشئونها . فهى اذن مجرد حقائق أولية من اللازم ادخالها فى الاعتبار ، ان لم يكن لشىء ،

---

(١) Gény, Science et technique en droit privé positif, t. II, No. 167, p. 371.

فلتثبت الوضع الذى تعرض به مسائل القانون أو لتحـديد مداها ابتداء (١).

فمثلا وجود جنسين من الناس : ذكر وأنثى يمكن ارتباطهما ارتباطا من نوع خاص ، يعتبر حقيقة واقعية أو طبيعية ، تثير مسألة التنظيم القانونى لمثل هـذا الارتبـاط . واذا كانت هذه الحقيقة لا تستطيع بمفردها تحديد قواعد الزواج ، فهى على الاقل تبين فكرته ، لتوضح مثلا أن هذا الارتباط ـ أيا كانت القواعد التى يجب أن تحكمه ـ لا يمكن أن يوجد بطبيعته الخاصة بين كائنين من نفس الجنس · وكذلك فان الاختلافات العضوية أو النفسية أو المادية بين الذكر والانثى تقود الى التسـليم باختلاف فى المركز القـانونى بين الزوج والزوجة فى هذا الارتباط ، وهو اختلاف تسهم كذلك الظروف الاقتصادية والسياسية للبيئة الاجتماعية فى التأثير فيه وتوجيهه ، بما تعمل على توسيعه أو تضييقه (٢) .

وهذه الحقائق الواقعية أوالطبيعية تخضع لطرق المعرفة الواقعية اليقينية من مشاهدة وتجربة ، ولذلك فهى حقائق علمية بالمعنى الضيق الدقيق · وهذه الصفة العلمية اليقينية المنزهة عن التحكم وعن كلتنظيم فنى مصطنع،تفرض هذه الحقائق على الارادة فرضا حتميا ، مما يجعلها شرطا أساسيا جوهريا لانشاء القاعدة القانونية وان لم يجعلها كافية وحدها لتبريرها والاستقلال بخلقها (٣) .

٧٣ ـ الحقائق التاريخية (Les données historiques)

تشمل هذه الحقائق ماتكون منقواعد لتنظيم الحياة والسلوك فى المجتمع ، ثبتت على مر الزمن مما اكسبها صـلابة وقوة واحتراما ، جعلت منها تراثا

---

(١) Gény, op. cit., No. 167, pp. 371, 372.

(٢) Gény, op. cit., No. 167, p. 372, 373

(٣) Gény, op. cit., No. 167, p. 375.

مكتسبا لا يمكن اغفاله أو التحلل منه كليا فى تكوين القانون (١) . وهــذا التراث التاريخى من الاوضاع القانونية ، لا يتكون ـ كالحقائق الواقعية ـ من عناصر مادية أولية سلبية ، بل يتضمن قواعد متكونة جاهزة صالحة لتوجيه نشاط الافراد فى المجتمع (٢) .

فاتحاد أو ارتباط الجنسين مثلا ، يبدو لنا اليوم ــ باستقراء الحقائق التاريخية وحدها ــ فى شــكل الزواج ، أى فى شــكل نظــام محكم الشروط والاثار ـ على اختلاف فى ذلك بحسب الزمان والمكان ـ وخاضع دائما لرقابة سلطة اجتماعية دينية كانت أو مدنية مما يسبغ عليه صفة شرعية . فمثل هذا النظام يبدو اذن نتيجة لعامل المدة الذى يضــاف الى الحقائق الواقعيــة فيكسبها قوة وهيبة .

فمن المحال اذن اغفال دور الحقائق التاريخية فى تكوين القانون . اذ يقوم على أساسها كل اصلاح أو بناء قانونى جديد . فهى نتيجة خبرة تولدت عن طول التجربة مما يجعل لهــا حجية مسلمة ، ليست بالمطلقة ولا الدائمة ، ولكنها حجية مؤقتــة ، لا تصد عن التطــور وان تكن تعصــم من الاندفاع او التهور (٣) .

وهذه الحقائق التاريخية حقائق علمية بالمعنى الصحيح ، فالتاريخ ليس سوى التجربة التى مرت بها الانسانية فيكون الشأن فى تعرفه وتسجيله الى مجرد المشاهدة . والحقائق التاريخية بذلك تكون قادرة على اعطاء القانون أساسا راسيا ، فبعض الانظمة القانونية الرئيسية ، كنظام الملكية الفردية الذى ما زال أساسه العقلى محل خلاف كبير تجد سندها فى التطور التاريخى الذى خرجت منه (٤) .

---

(١) Gény, op. cit., No. 168, p. 376.
(٢) Gény, op. cit., No. 168, p. 377.
(٣) Gény, op. cit., No. 168, p. 378.
(٤) Gény, op. cit., No. 168, p. 379.

٧٤ ــ الحقائق العقلية (Les données rationnelles)

لاتكفى الحقائق الواقعية ولا الحقائق التاريخية لوضع القواعد اللازمة لتوجيه سلوك الافراد فى المجتمع توجيها مقنعا . فمثل هذا التوجيه ، الذى يخضع لحكم الارادة العاقلة للانسان ، لا يمكن التماسه أو استخلاصه من حقيقة الواقع أو من حجية التقليد وحده . وانما هو يلتمس فى أفق أعلى حيث يعمل العقل على ملاءمة حقائق الواقع والتاريخ وموافقتها على ما يفرض من غاية للقانون (١) . ومن أجل ذلك تسهم الحقائق العقلية بالنصيب الاكبر المرجح فى تكوين جوهر القاعدة القانونية .

وهذه الحقائق العقلية تكون عند جينى الجوهر الاساسى لفكرة القانون الطبيعى ، أى قواعد السلوك التى يستخلصها العقل من طبيعة الانسان ومن اتصاله بالناس فى المجتمع ، وهى بوصفها تفرض على العقل أو الذهنوتوافق مقتضيات الاشياء ، تكون محتومة كما تكون عالمية ثابتة (٢) .

ورغم أن الحتمية التى تحكم هذه الحقائق ليست مادية ــ كما هو الشأن بالنسبة للحقائق الواقعية ــ بل معنوية محض ، فهى أهل ــ نظرا الى موضوعها ــ لتكوين القانون الطبيعى بالمعنى الصحيح ، وبصفاته الخاصة المعترف بها من ثبات وعالمية وخلود . ولكن « جينى بفضل تسميتها بالحقائق العقلية منعا لما قد يثيره تسميتها بالقانون الطبيعى من خلط فى الاذهان ، ولان العقل هو الاداة المستعملة فى استخلاصها . ورغم ذلك ، فهى تظل تعنى تلك المبادىء التى يستخلصها التمحيص العقلى لحقائق الواقع والتاريخ ، فى سبيل توجيه سلوك الافراد فى المجتمع . ولكنها ــ حتى تحتفظ بقيمتها الكبرى فى تكوين القاعدة القانونية ــ ينبغى ألا تتضمن من المبادىء أو القواعد الا مايظهر العقل أن طبيعة الانسان تفرضه فرضا محتوما دون بسطها على غيرها

---

(١) Gény, op. cit., No. 169, p. 380.

(٢) Gény, op. cit., No. 169, p. 381.

من المبادىء التى تخص مطامح أو نزعات مثالية . فالحقائق العقلية اذن تتضمن المبادىء الضرورية لا الكمالية (١) .

فطبيعةالانسان — كما يفسرها العقل — تحتم مثلا عدم اعطاءالارتباط بين الجنسينصفة الشرعية المنشئةلاسرة معترف بها اجتماعيا ، الا لذلك الارتباط الثابت المستمر الناشىء عن الرضى والاتفاق ، بقصد سيطرة الانسان على أهوائه ارضاء للخلق السامى ، وبنية رعاية وتربية ما قد ينتج عن هذا الارتباط من أولاد (٢) . فليس لمجرد الارتباط الوقتى أو العابر بين الجنسين اذن — فى منطق الطبيعة والعقل — أية صفة شرعية .

ولكن الحقائق العقلية لاتجاوز مثلهذا القدر الضرورى المعتبر حدا أدنى لما يفرضه العقل بشأن فكرة الزواج ، فلا تدخل فيها مثلا فكرة وحدة الزوجة ولا أبدية الزواج وعدم قابليته للانفصام ، ولا تحريم الزواج ببعض الاقارب منغير الاصول أو الفروع . فانه وانتكن مثلهذهالمبادىء جديرة بالنظر والاعتبار لما تصدر عنه من سمو فى التفكير الاخلاقى وأهلا لتصير بذلك ضمن قواعد الزواج القانونية ، الا أنها تظل دائما فى نطاق المثل العليا ، مما يتعذر معه ادماجها ضمن الحقائق العقلية بمعناها الدقيق . فالحقائق العقلية بطبيعتها انما تقتصر على النطاق الصرف للعقل ، فلا تتضمن الا القواعد التى يستخلصها العقل دون منازعة من طبيعة الانسان وطبيعة الحياة فى المجتمع (٣) .

ويعترف جيثى للحقائق العقلية بصفة علمية — لا بالمعنى الدقيق — ولكن بالمعنى الواسع المعبر عن كل نشاط أو جهد عقلى تفكيرى ، ينفذ الى جوهر الاشياء بوسائله المسلمة الخاصة فى المعرفة دون الوسائل المنازع فى قيمتها . وبذلك تتمكن هذه الحقائق العقلية من أن تضع من القواعد ما تفرضه

---

(١) Gény, op. cit., No. 169, pp. 381, 382.

(٢) Gény op. cit., No. 169, p. 382.

(٣) Gény, op. cit., No. 169, pp. 382, 383.

فرضا جازما يعادل جزمه وحتمه الحتم المادى الملازم للحقائق الواقعيـــة او الطبيعية ، وان أمكن مع ذلك تصور جحدها وانكارها فى الواقع . ومن هنا ، تكون لها الغاية على الحقائق التاريخية ، وتصلح كأساس للحقائق المثالية التى تستهدف الكمال بها (١) .

٧٥ ـ الحقائق المثالية

يستطرد « جينى » فيذكر انه ينبغى الاعتراف ـ الى جنب الحقائق السابقة ـ بنوع آخر من الحقائق يجمع ويركز كل الامال والمطامح الانسانية فى التقدم المطرد للقانون . فخارج نطاق التنظيم القانونى الذى تفرضه حقائق الحيـــاة الواقعية أو مقتضيات العقل المستنير بتجارب التاريخ تبدو جملة اعتبارات مادية أونفسية أو أخلاقية أو دينية أو اقتصادية أو سياسية لا تقرر قواعد سلوك جديدة ، ولكنها تتضمن بعض الاتجاهات والنزعات المثالية أو الكمالية لنظام القانونى والعلاقات القانونية . فهذه حقائق مثالية محض ، لا تعبر عن وقائع محسوسة ، ولا عن قواعد عقلية مفروضة بالضرورة ، ولا عن تراث تاريخى مكتسب . ولكن عن رغبة فى التقدم والسمو ونزعة الى تحقيق بعض المبادىء الكمالية زيادة على ما يفرضـــه العقل من مبادىء ضرورية . فهـــذه الحقائق انما تعبر اذن عن مجرد اتجاهات نحو تنظيم مأمول للعـــلاقات القانونية ، تفرضها وتحددها درجة المدنية والشعور العام فى الجماعة (٢) .

ومن أمثلة هذه الحقائق المثالية مبدأ وحدة الزوجة ، وأبدية الزواج بامتناع انحلاله عن طريق الطلاق . فمثل هذه الحقائق لا يفرضها العقل كضرورة لازمة محتومة ، ولكنها مجرد تصور كمالى لنظام الزواج . فليس ينفى العقل فكرة تعدد الزوجات ، ولا فكرة الطلاق ، ولكن نزعة الكمال تقضى بالاكتفاء بزوجـــة واحدة وبدوام رابطة الزوجية قائمـــة لا يحلهـــا الا الموت .

---

(١) Gény, op. cit., No. 169, p. 384.

(٢) Gény, op. cit., No. 170, pp. 384, 385.

وكون مثل هذه الحقائق المثالية لا تمثل مقتضيات عقلية مطلقة ، وانما مجرد أمانى أخلاقية أو اجتماعية للمدنية فى الجماعة لا يجعل لها صفة عالمية أو خالدة (١) كما هو الشأن بالنسبة للحقائق العقلية ، التى لها من اطلاقها وموضوعيتها ما يضمن لها العالمية والثبات والخلود . ومن هنا كانت الحقائق المثالية مختلفة باختلاف الزمان والمكان ، فلكل جماعة حقائقها المثالية الخاصة بها .

ولئن كانت هذه الحقائق المثالية تفرض الى حد ما على الذهن ، وتبقى بذلك فى عداد الحقائق المكونة لجوهر القاعدة القانونية ، الا أن من العسير اعطاءها بوجه عام صفة علمية بحتة ٠ فهى لا تأتى من معرفة عقلية ولكن من تلك القوى غير الواضحة التى تندرج تحت اسم الايمان أو العاطفة والتى تحدد بطريقة غامضة — وأن تكن مؤكدة — مايوجد لدى أفراد الجماعة من معتقدات وارادات مشتركة ، مما يضفى على هذه المعتقدات والارادات صفة موضوعية كافية ٠ وليس المقصور بذلك هو الرأى العام ، تلك القوة العمياء غير الواعية التى قد تندفع الى ضلال تحت تأثير شعور معين وانما المقصود هو تلك القوى التى تكمل نقص الحقائق العقلية أو تيسر من جفافها وصرامتها ، مما يجعلها محلا لعقيدة شاملة كضرورة للكمال بالقواعد التى تكشف عنها الحقائق الواقعية والتاريخية والعقلية (٢) .

وغنى عن البيان أن الحقائق المثالية لا تتمتع بنفس الحجية التى تتمتع بها الحقائق العقلية المقامة على أساس من الواقع وضوء من التاريخ ، ولكنها على أى حال تقوم بدور أساسى لا يمكن اغفاله فى تكملة هذه الحقائق الاخيرة ٠ بل هى — فضلا عن ذلك — تؤدى الى التخفيف من صرامة النتائج التى قد يفرضها العقل ، والكمال بها ، وتقريب الحياة الاجتماعية من العدل الاسمى الذى تفرضه مطامح الانسان الواسعة المتطورة ٠ وهى قد تتيح كذلك تغيير بعض

---

(١) Gén,y op. cit., No. 170, p. 387.
(٢) Gény ,ibid.

النظم التى تؤخذ على أنها نظم يفرضها العقل ، والتى لم تعد تساير درجة التقدم والمدنية التى بلغتها الجماعة (١) .

٧٦ ـ الغلبة للحقائق العقلية على بقية الحقائق

تلك هى الحقائق الاربع التى يراهـا « جينى مكونة لجوهر القـاعدة القانونية . ولكنه يفاضل بين هذه الحقائق ، فيجعل الحقائق العقلية هى أهمها جميعا . اذ الحقائق الواقعية والحقـائق التاريخيـة ـ كأساس محكم لكل الجوهر ـ لا تتطلب الا أن تسجل بالمشاهدة والتجربة ، دون حاجة الى نشاط ذهنى أو شخصى . والحقائق المثالية لا تتدخل الا للسمو بالقواعد التى يفرضها العقل مستنيرا بالواقع أو التاريخ . وعلى هـذا النحو ينتهى جينى الى اثبات الغلبة للحقائق العقلية على بقية الحقائق ، فيعتبر أن القاعدة القانونية هى أساسا عمل عقلى ، والحقائق العقلية هى التى توقفنا على فكرة العدل التى تعين على اقامة النظام والامن فى الحياة الاجتماعية (٢) .

والخلاصة مما تقدم أن « جينى » يجعل الغلبة للحقائق العقلية ، فهى عنده الاساس الجوهرى للقاعدة القانونية . وهـذه الحقائق تعتمـد على بعض الحقائق الواقعية أو الطبيعية . والحقائق العقلية والواقعية لا تثبت فى الحياة الاجتماعية الا بفضل نمو تاريخى يسلكها فى سلك التطور الاجتماعى . وهذا التطور لا يتم الا تحت تأثير مثل أعلى يسمو بالطبيعة والواقع ، ويخفف من صرامة مسلمات العقل .

---

(١) فمثلا يقضى العقل بأن مناط التعويض عن الضرر هو وجود خطأ فى جانب من تسبب فى احداث هذا الضرر . ولكن اطلاق هذه الحقيقة العقلية يؤدى فى بعض الحالات الى نتائج ظالمة . فبعد انتشار الصناعة كثرت اصابات العمال نتيجة استعمال الالات ، وكان من المتعذر على العمال غالبا اثبات خطأ من جانب رب العمل أو صاحب المصنع ، مما انتهى الى ترك العمال المصابين دون تعويض عما كان يلحقهم من ضرر الاصابة . فهنا تدخلت نزعة العصر المثالية نحو توزيع المخاطر على أساس من تعاون الجميع فى الحياة الاجتماعية ، للتخفيف من وطأة تلك النتيجة الظالمة بضمان حصول العمال على تعويض عن اصاباتهم ، دون ضرورة ثبوت خطأ فى جانب رب العمل (.(Gény, op. cit., No. 170, p. 388.)) .

(٢) Gény, op. cit., No. 171, pp. 389, 390.

فالاساس اذن هو الحقائق العقلية التى تدخل فى اعتبارها الحقائق الواقعية أو الطبيعية . ومن هنا ، يفهم منطق «جينى» فى استلزام وجود حد أدنى لفكرة القانون الطبيعى فى تكوين جوهر القاعدة القانونية أى فى استلزام وجود قواعد يستخلصها العقل من طبيعة الاشياء التى يعتبر الانسان جزءا منها ترتفع على ارادات الافراد وأهوائهم ، وتفرض نفسها عليهم بما لها من قيمة موضوعية ثابتة سامية حتى لا يجدوا مناصا من الخضوع لها (١) .

المبحث الثانى

عنصر الواقع وعنصر المثال فى تكوين القاعدة القانونية

٧٧ — ضرورة استناد القاعدة القانونية الى الواقع والمثال معا

أول ما يراعى بشأن الحقائق الاربع المكونة لجوهر القاعده القانونية عند «جينى» هو أنه يعطيها صبغة علمية ليست لها كلها . فهو نفسه يعترف بأن من العسير اعتبار الحقائق المثالية حقائق علمية اذ هى انما تتولد من قوى مبهمة غير واضحة كالعاطفة والايمان . وهو لا يصل الى اعطاء الحقائق العقلية الصفة العلمية الا بمجاوزة المعنى الدقيق لاصطلاح «العلم» وبسطه الى كل معرفة منطقية منهجية ، دون تقيد بأن تكون معرفة تجريبية . ومن هنا ، فلا يبقى من حقائقه الاربع ما تكون له صفة علمية بالمعنى الاصطلاحى الدقيق الا النوعان الاخران من الحقائق أى الحقائق الواقعية (أو الطبيعية) والحقائق التاريخية ، فهذه حقائق تجريبية محض تعرف وتسجل بمجرد المشاهدة .

هذا فضلا عن أن من العسير التفرقة بين الحقائق الواقعية وبين الحقائق التاريخية . فلا تعدو الحقائق التاريخية أن تكون مجرد حقائق واقعية ، اذ هى تراث تاريخى قد اكتسبته الجماعة على مر الاجيال ، حتى صار ضمن الظروف الواقعة المحيطة بها . وكذلك الشأن فى التفرقة بين الحقائق العقلية والحقائق

---

(١) Gény, op. cit., No. 176.

المثالية ، فالثانية انما تستخلص تدريجيا من الاولى تبعا لاطراد نزعة الكمال والتقدم (١) .

كل ذلك يدعو الى البصر بالمعيار الذى يجب أن يرد اليه تحليل عناصر القاعدة القانونية ، وتحديده بما يتخلف أو يتوافر لهذه العناصر من صفة علمية بالمعنى الدقيق . ومن هنا ، يمكن اختزال حقائق « جينى » الاربع الى نوعين اثنين من الحقائق :

١ — **حقائق علمية تجريبية** ، تخضع للمنهاج التجريبى البحت ، فتضم بذلك ما يسميه الحقائق الواقعية أو الطبيعية والحقائق التاريخية على السواء .

٢ — **حقائق علمية تفكيرية** ، يستخلصها العقل فيما وراء المشاهدة والمحسوس ، فتضم بذلك ما يسميه الحقائق العقلية والحقائق المثالية .

وهذان النوعان من الحقائق انما يعبران عن طبيعته القاعدة القانونية ووظيفتها. فالقاعدة القانونية — كما سبق البيان — انما هى تكليف بواجب . ولا يمكن تعيين الواجب الا عن طريق تقويم الواقع . أى أن القاعدة القانونية انما تفترض أولا واقعا يراد تعيين ما يجب منه وما لا يجب ، وثانيا تقويما لهذا الواقع بالقياس على أمثل أعلى . تقويما يتعين به الواجب فى شأن هذا الواقع . أما الواقع فيعرف بالمشاهدة والتجربة اذ يدخل فى نطاق المحسوس أى يخضع فى تعرفه لمنهج علمى تجريبى دقيق ، ولذلك فهو الذى يمد القاعدة القانونية بالحقائق العلمية التجريبية . وأما التقويم فلا يتصور الا بالقياس على مثل أعلى يعتبر غاية فى ذاته ، والمثل الاعلى لا يستخلص من المشاهدة ولا من التجربة فهو من عالم ما وراء المحسوس يستخلص بالعقل ، مما يضيف — الى الحقائق العلمية التجريبية — حقائق أخرى عقلية تفكيرية .

---

(١) Emmanuel, *L'idée du droit, Essai sur quelques conceptions contemporaines*, 1937, p. 113.

فالقانون اذن ليس عملا علميا بحتا كما تذهب الى ذلك المدرسة الواقعية ، ولا هو عمل عقلى تفكيرى بحت كما تذهب الى ذلك المدرسة المثالية. ولكنه عمل مزدوج مختلط : هو عمل علمى ، اذ يحتاج أولا الى تقرير الواقع من الحياة الاجتماعية تقريرا علميا على ضوء المشاهدة والتجربة . وهو عمل عقلى ، اذ يحتاج الى تقويم هذا الواقع – خارج نطاق المحسوس – تقويما عقليا بالقياس على مثل أعلى هو العدل، وهذا التقويم هو الذى يمكن من فرض الواجب على الافراد أى من تعيين مضمون القاعدة القانونية ، والتقويم عمل أدخل فى باب الفن . ولهذا جرى القول بأن القانون « علم » (science) (حين يقرر الواقــع) و « فن » (art.) حين يقوم الواقع (١) . ولــكن دور الفن فى القانون أكبر من دور العلم ، اذ الاساس هو التقــويم ، وان يكن التقــويم لا يستغنى عن الواقع لانه يرد عليه .

ومن هنا ، نستطيع أن نرد جوهر القاعدة القانونية الى عنصرين : عنصر العلم وعنصر الفن ، أو عنصر الواقع (le réel) وعنصر المثــال (l'idéal) . فنعرض فيما يلى لكل من هذه العنصرين فى مطلب على حدة .

المطلب الاول

العنصر الواقعى التجريبى أو حقائق الحياة فى الجماعة (٢)

٧٨ — تمهيـــــد

قلنا ان معرفة جوهر القاعدة القانونية يتطلب أولا تحليل عناصر الحياة فى الجماعة لاظهار مختلف الحاجات التى ينبغى من بعد اشباعها بما يحقق المثل

(١) أنظر فى هذا المعنى :

Roubier, op. cit., No. 17. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I. No. 53.

(٢) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Roubier, op. cit., No. 18, pp. 163 - 170. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., Nos. 79 - 90. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 54.

الاعلى للعدل · فينبغى البصر اذن بحقيقة الظواهر الاجتماعية (faits sociaux) ، وهو ما لا يتأتى الا باتباع منهج تجريبى على بحت ، أى باخضاع هذه الظواهر الاجتماعية للمشاهدة والتجربة ، فهى ظواهر تشبه الظواهر المادية من حيث خضوعها لقانون السببية · فحقائق الحياة فى الجماعة أمر من العبث اذن اغفاله عند وضع القاعدة القانونية وهذه الحقائق يمكن ردها الى عوامل كثيرة نذكر أهمها فيما يلى ·

٧٩ ـ العوامل الطبيعية (Les facteurs naturels)

هى عوامل تتصل بالطبيعة بوجه عام ، سواء كانت طبيعة المجتمع أو طبيعة الانسان . فتحديد سن الاهلية للزواج مثلا يتوقف كثيرا على طبيعة المناخ فى المجتمع ، اذ يتم النضج الجسمى والجنسى فى سن مبكرة أو متأخرة تبعا لطبيعة جو كل مجتمع . وتبعا لكثرة أو قلة النسل ، ولازدياد ثروة الجماعة أو فقرها ، تحدد كل جماعة سياستها بشأن اعطاء الاجانب جنسيتها فتشجع التجنس أو تحد من ·

وتبعا لموقع المجتمع ، يزداد الاهتمام بوضع نوع معين من القواعد القانونية يحتمه هذا الموقع · فمجتمع يوجد فى جزيرة ، أو تحده سواحل وشواطىء ، يضطر الى التجارة عبر البحار مع غيره من المجتمعات ، فيظفر فيه القانون التجارى البحرى بحظ عظيم (١) .

وكذلك فثمة قواعد قانونية تترتب على ظاهرة الميلاد وظاهرة الموت التى يخضع لها الانسان . فشخصية الانسان تبدأ مثلا بتمام ولادته حيا ، وتنتهى بموته ، والميلاد يكسب الشخص اسما ولقبا معينا ، وغالبا ما يكسبه جنسية معينة · والموت تترتب عليه الحاجة الى قواعد تنظم الارث والوصية ، فتنتقل أموال المتوفى طبقا لهذه القواعد الى الورثة أو الموصى لهم ·

---

(١) De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 85.

٨٠ ـ العوامل الاقتصادية (Les facteurs économiques)

تعتبر العوامل الاقتصادية من أهم حقائق الحياة فى الجماعة ، التى تنبغى الاحاطة بها عند وضع القواعد القانونية ، اذ أن حاجات الافراد الاقتصادية من انتاج واستهلاك وتداول وتوزيع تحتاج الى تنظيم قانونى معين · وقد غدت العوامل الاقتصادية فى العصر الحديث أكبر أثرا فى القانون عن ذى قبل ، فنمو وانشاء بعض فروع النشاط الاقتصادى أدى الى ظهور أو تغيير بعض القواعد القانونية · فازدياد أهمية الضمان أو التأمين والنقل مثلا ، دعا الى الاهتمام بوضع قواعد مفصلة محكمة لعقود الضمان أو التأمين وعقود النقل · وتجميع رؤوس الاموال فى الصناعات فى الوقت الحاضر ؛ أدى الى ازدياد الاهتمام بالنظام القانونى للشركات المساهمة (٢) · وانتشار الصناعة منذ أواخر القرن الماضى ، أدى الى نشوء طبقة العمال نتيجة لتجمعهم فى مناطق الصناعات ، مما دعا الى اعطائهم حق تكوين نقابات تدافع عن مصالحهم ، وحق الاضراب لتحقيق مطالبهم ، وكثرة ماصدر من تشريعات العمل لتنظيم العلاقة بين العمال وأرباب الاعمال تنظيما يكفل التوازن بين هاتين القوتين .

وظهور المذاهب الاشتراكية وانتصارها فى كثير من الدول كان له أثر بالغ فى تطوير اقتصادياتها ، مما دفع المشرع فيها الى الغاء الملكية الخاصة لكل أو بعض وسائل الانتاج والى ابتداع فكرة تأميم المشروعات الاقتصادية وخلق قطاع عام فى الانتاج ·

غير أنه ينبغى عدم الاسراف فى تضخيم أثر العوامل الاقتصادية فى تكوين القانون ، أو جعلها هى العامل الاساسى فى هذا التكوين ، بحيث تتبعها وتخضع لها بقية العوامل الاخرى · فالقانون ليس مجرد تنظيم للاقتصاد فى الجماعة ، اذ لاتقوم الحياة الاجتماعية على اشباع الحاجا تالمادية للافراد

---

(١) De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 115.

فحسب ، فضلا عن أن القانون لايخضع للعوامل والقواعد الاقتصادية خضوعا حتوما ، بل هو يهيمن عليها بما يضمن موافقة الاقتصاد لفكرة العدل (١) .

٨١ — العوامل السياسية والاجتماعية Les facteurs politiques et sociaux

يقصد بذلك الافكار السياسية والاجتماعية السائدة فى المجتمع ، دون تعرض لقيمتها ، فنحن بعد فى مجال تسجيل الواقع لا فى مجال تقويمه . ولذلك فمعرفة مايوجد فى المجتمع من أفكار سياسية واجتماعية ، هى معرفة تجريبية بحتة تقوم على المشاهدة ، أى معرفة علمية بالمعنى الاصطلاحى الدقيق ، مما يدخلها ضمن حقائق الحياة فى الجماعة ، أى ضمن العنصر الواقعى لا المثالى للقاعدة القانونية .

والواقع أن كثيرا من الافكار السياسية والاجتماعية السائدة أسهمت بنصيب كبير فى خلق بعض النظم القانونية . فالافكار الاجتماعية التى كانت سائدة فى القديم خلقت نظام الرق ، وجعلت الناس طائفتين : طائفة الاحرار ، وطائفة الرقيق . والافكار السياسية والاجتماعية التى كانت سائدة فى القرون الوسطى ، خلقت نظام الاقطاع وأقامت على أساسه جملة القواعد القانونية . وكذلك فان المعتقدات الطبقية التى كانت سائدة قبل العصر الحاضر ، فصلت كل طبقة عن الاخرى فصلا تاما ، ودعت طبقة الاشراف خاصة الى تحصين نفسها ضد كل دخيل عليها ، فوجدت قواعد قانونية تحصر الارث فى ابن الاسرة الاكبر ، وتحرم البنات من الارث حتى لاتذهب أموال الاسرة الى أزواجهم ، وقد يكونون من الطبقات الاخرى . وكذلك وجدت قواعد قانونية لتأكيد الفصل بين الطبقات وضمان عدم اختلاطها بالتزاوج ، فقيد انعقاد الزواج فى كثير من الاحيان بضرورة ترخيص الوالدين به ، حتى بالنسبة لمن جاوز سن الرشد من الاولاد (٢) .

---

(١) فى هذا المعنى :
De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 112.

(٢) Roubier, op. cit., No. 18, p. 169.

ومن الافكار والمعتقدات السياسية والاجتماعية ، ما كان له أكبر الاثر فى حياة الامم وتغيير نظمها القانونية · فظهرت مع الثورة الفرنسية فى أواخر القرن الثامن عشر معتقدات الحرية والاخاء والمساواة ، وقد أسهمت هذه المعتقدات بنصيب كبير فى بناء النظام القانونى لفرنسا الحديثة · وظهرت مع الثورة الشيوعية فى روسيا معتقدات سيادة الطبقة العاملة والغاء باقى الطبقات ، وعلى أساسها قام الحكم هناك ، وانحصر فى الحزب الممثل لهـذه الطبقة · ومازالت سائدة فى الولايات المتحدة الامريكية وفى جنوب افريقيا الى اليوم بعض معتقدات خاصة بالتمييز بين البيض والملونين من الافراد ، مما ينعكس أثره على بعض قواعد القانون هناك · وتبلور فكرة الاشتراكية العربية فى الجمهورية العربية المتحدة أخيرا قد خلق معتقدات جديدة تتعلق بضرورة التخطيط فى الاقتصاد وبالكفاية فى الانتاج مما دعا الى تأميم كثير من المشروعات الاقتصادية ومساهمة الدولة فى بعضها وخلق قطاع عام يسيطر على الانتاج فى الدولة ، وخلق معتقدات أخرى تتعلق بالعدالة الاجتماعية وتذويب الفوارق بين الطبقات سواء عن طريق فرض حسد أقصى لملكية الاراضى الزراعية وتوزيع الزائد عليه وتمليكه لصغار الفلاحين ، أو عن طريق تقليل الفوارق بين دخول الافراد بفرض ضرائب تصاعدية عالية على الدخول وعلى العقارات المبنية وبتحديد حد أعلى للمرتبات وبزيادة دخول العمال بأشراكهم فى الارباح ·

كل هذه الافكار والمعتقدات الساسية والاجتماعية السائدة فـى المجتمع ـ والتى تختلف طبيعتها بحسب الزمان والمكان ـ لا يمكن اغفال أثرها فى تكوين القاعدة القانونية ، ولذلك تنبغى الاحاطة بها احاطة شاملة كاملة عن طريق المشاهدة والتجربة · وليس معنى ذلك أن القاعدة القانونية تخضع لكل ما قد يوجد فى المجتمع من مثل هذه المعتقدات والافكار ، بل هى توافقها على المثل الاعلى للعدل ، وتخضعها لحكمه ، وكثيرا ما تضطر الى محاربتها ، حين يبدو تناقضها واضحا مع تحقيق العدل ، الذى هو غاية القانون ·

٨٢ ــ العوامل الدينية والاخلاقية Les facteurs religieux et moraux

يقصد بذلك التقاليد الدينية والاخلاقية السائدة فى الجماعة ، أو التيارات الدينية والاخلاقية الجارية فيها . فمثل هذه التقاليـــد والتيارات ، تعتبر فى مقدمة حقائق الحياة فى الجماعة ، التى تحدد وتوجه حاجاتها . ومن ثم لا يمكن اغفال أثرها فى تكوين القواعـــد القانونية ، وان يكن هـــذا الاثر يتفاوت ويختلف باختلاف الجماعات ٠

فالاحاطة بمثل هذه التقاليد والتيارات أمر لازم اذن لتعرف حاجات الجماعة ورغباتها بشأن التنظيم القانونى ٠ ولكن أيا كان ماتتمتع به مثل هذه التقاليد والتيارات الدينية أو الاخلاقية من قوة فى الواقع ، فليس يفرضها الواقع فرضا محتوما كقواعد قانونية واجبة ، وانما هو يبرزها ويقدمها بين يدى المثل الاعلى للعدل ، الذى يخضعها ــ من بعد ــ لحكمه ٠

وقد كان للتقاليد الدينية أثر كبير فى تعـــدد جهات الاختصاص القضائى فى الدول العربية ، وفى تحديد المقصود باصطلاح « الاحوال الشخصية » فيها تحديدا واسعا يبسطه على كثير من الاوضاع التى تعتبر بحسب طبيعتها من الاحوال العينية أو المالية ، كالوقف والميراث والوصية والنفقة ، واخضاعها تبعا لذلك لجهات القضاء الدينى المختلفة بحسب ديانة الخصوم .

وكذلك فقد كان للتقاليد الدينية والاخلاقية ، أثر بارز فى تحريم الطلاق فى قوانين الدول الغربية الى وقت قريب ٠ ثم ضعف أثرها غير قليل ، فأبيح الطلاق فى أكثر هذه الدول . ولكن الامر لم يصل فيها الى حد اغفال ما بقى لهـــذه التقاليد من قوة وأثر فى النفوس ، فظل حبيس هذه التقاليد ، يحكمه كثير من الاجراءات والقيود ٠

٨٣ ــ العوامل التاريخية (Les facteurs historiques)

يقصد بها التجارب التى مرت بها الجماعة ، ومرت بها نظمها القانونية وهى بهذا الوصف ــ كخبرة صقلها الزمن ــ تدخل فى الاعتبار عند تكوين القواعد

القانونية ، بل قد يكون لها ـ فى بعض الاحوال ـ دور مرجح فى شأن هذا التكوين كما سبقت الاشارة الى ذلك من قبل ٠

فدور العوامل التاريخية اذن ، فى تكوين القواعد القانونية ، دور غير منكور ٠ ولكن من الاسراف الادعاء ـ كما يفعل المذهب التاريخى ـ ببناء القواعد القانونية على أساس تاريخى بحث ٠

المطلب الثانى

العنصر المثالى أو المثل الاعلى للعدل (١)

٨٤ ـ تمهيد

لا تكفى حقائق الحياة فى الجماعة لتكوين القاعدة القانونية . لان هـذه الحقائق ليست الا مجرد حقائق واقعة . والقاعدة القانونية هى تكليف بواجب، وليس كل ماهو واقع واجب ٠ من أجل ذلك ، ينبغى لهذه الحقائق ـ حتى تصبح واجبة ، أى حتى تصلح لتكوين قاعدة قانونية ـ أن تلحقها قيمة معينة تبرر هذا الوجوب . وهذه القيمة تتحدد بعيـدا عن كل تجربة أو مشاهدة حسـية ، بالقياس على مثل أعلى يفرضه العقل هو العدل ٠

ومن هنا كان لابد لتكوين القاعدة القانونية من عنصر مثالى فوق العنصر الواقعى ٠ فاخضاع الواقع للمثل الاعلى وهو العدل ، وموافقته عليه ، يعطيه صفة الواجب أى يجعله قانونيا .

ولكن ما هو المثل الاعلى للعدل . أو ما هى فكرة العدل فى ذاته ؟ . ذلك العدل الذى خاض فيه منذ قديم فلاسفة اليونان وفقهاء الرومان والمبرزون من رجال

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :
Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, Nos 94 - 108; Théorie générale du droit, Nos. 217 - 262. — Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. I, 3e éd., 1937, No. 11. — Gény, Science et Technique, t. II, Nos. 171 - 174 — Hauriou, Aux sources du droit, pp. 43 - 71. Réglade, op. cit., pp. 45, 46, 50, 55. — Roubier, op. cit., Nos. 19, 26. — Senn, op. cit., pp. 1 - 54.

الكنيسة فى العصور الوسطى ، حتى جرت بعض أقلام الفقهاء فى العصر الحديث على أنه من عناصر تكوين القاعدة القانونية ؟ ٠

الواقع أن العدل ـ فيما ثبت عليه من معنى قديم ـ هو احدى الفضائل التى تتلخص فى اعطاء كل واحد حقه ، أو ماهو واجب له (١) ٠ وهو بذلك يتضمن فكرة المساواة بمعناها العام ، اذ بذلك يتساوى كل ذى حق فى المطالبة بحقه، واقتضاء ما يجب له . وليس ينكر أحد على العدل مثل هذا المعنى ولكن تعريفه على هذا النحو ، يكاد ـ لفرط عمومه واطلاقه ـ يقصر عما ينبغي له من ضبط وتحديد واحكام ، وأن يكن من العسير ـ فى أمر يبلغ من التجريد مثل ما تبلغه فكرة العدل ـ العثور على تعريف محكم جامع مانع ٠

من أجل ذلك ، تنبغى الاستعانة ـ فى سبيل توضيح فكرة العدل ـ ببيان ما قد يكون للعدل من صور مختلفة . وهو ما حاوله الفلاسفة والفقهاء ـ الاقدمون منهم والمحدثون ـ حيث قسموا العدل وردوه الى صور ثلاث تختلف باختلاف أطرافه ، واختلاف الشخص الذى يجب له العدل : فثم عدل يسود علاقات الافراد ، فيجب للفرد على الفرد ، هو « العدل التبادلى » ٠ وثم عدل يسود علاقة الفرد بالجماعة ٠ وهو اما عدل يجب للفرد على الجماعة فيسمى « العدل التوزيعى » ٠ واما عدل يجب للجماعة على الفرد فيعرف باسم « العدل الاجتماعى » . فنعرض بايجاز لكل من هذه الصور الثلاث فيما يلى ٠

٨٥ ـ العدل التبادلى (La justice commutative) (٢)

يقصد بالعدل التبادلى ذلك العدل الذى يسود علاقات الافراد ، فيجب للفرد

---

(١) أنظر ماجاء فى مدونة «جوستنيان » من أن « العدل (هو) حمل النفس على ايتاء كل ذى حق حقه ، والتزام ذلك على وجه الثبات والاستمرار » (عبد العزيز فهمى ، مدونة جوستنيان فى الفقه الرومانى ، ص ٥) ٠

(٢) راجع فى ذلك :

Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, Nos 101 - 105, Théorie générale du droit Nos. 229 - 231. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 62. — Duguit, op. cit., t. I, No. 11, p. 122. — Roubier, op. cit., No. 21, pp. 191 - 194; No. 26, pp. 225 - 230.

على الفرد · وهو عدل يقوم علىأساس من المساواة التامة الكاملة · اذ مادام للافراد جميعا نفس الطبيعة ـ لان كلا منهم انسان كالاخر ـ فلا يتصور أنتقوم العلاقات بينهم الا على قدم المساواة مساواة حسابية بحتة لا عبرة فيهـــا بصفات الافراد أو اختلاف شخصياتهم .

والاصل فى العدل التبادلى عند القدماء ، أنه كان مقصورا على علاقات الافراد التعاقدية الخاصة بتبادل السلع والمنافع والخدمات ، والتى تولد التزامات متقابلة بين أطرافها · فكان العدل يعنى وجود مساواة كاملة بين السلع والمنافع والخدمات المتبادلة . وهو ما يخول لكل طرف الحق فى مطالبة الاخر بالالتزام الواقع عليه قبله فى شأنها واقتضاء الوفاء بهذا الالتزام ، فالمشترى يقتضى من البائع مثلا تسليم المبيع اليه ، وفى مقابل ذلك يقتضى منه البائع دفع الثمن ، والفرض أن الثمن يساوى قيمة المبيع

ولكن العدل التبادلى لم يمكث محصورا فى هذا النطاق الضيق من العلاقات التعاقدية ، بل جاوز هذا النطاق الى كل ما ينشأ بين الافراد من علاقات أيا كان مصدرها ، بحيث تقوم هذه العلاقات على أساس المساواة التامة المطلقة · ومن هنا ، فكل علاقات الافراد ينبغى أن تقوم على العدل ، بمعنى أنها ينبغى أن تقوم على أساس تساوى الافراد باعتبارهم أفرادا . وهذا التساوى يقتضى من الافراد احترام كل منهم لحق الاخر ، اما باعطائه له ، واما بالامتناع عن الاعتداء عليه ·

فما هو حق كل فرد الذى يكون احترامه العدل بين الافراد ؟. هذا الحق هو ما يخص كل فرد ابتداء أو اكتسابا .

أما ما يخص كل فرد ابتداء فهو وجوده أو كيانه المـــادى والنفسى . وعلى ذلك فليس من العدل أن يعتدى فرد على كيان فرد آخر ، فينتقص من هذا الكيان بأى شكل كان من أشكال الاعتداء أو الانتقاص ، لانه حينئذ يأخذ لنفسه ما يخص غيره ومالا يخصه هو فيكون ظالما · فمن الظلم اذن اعتداء فرد على

جسم آخر بالضرب أو القتل ، أو على سمعته بالاهانة أو السب أو القذف ، أو على حريته بالاستعباد والاسترقاق .

وأما ما يخص الفرد اكتسابا فهو ما يكتسبه من بعد ويضيفه الى نفسه كشىء خاص به ، اما استقلالا كاستيلائه على شىء سائب لا مالك له ، واما نتيجه ماقد يقوم بينه وبين غيره من الافراد منعلاقات ارادية أو غير ارادية . والعدل هنا هو اقرار كل فرد على ما اكتسبه ، بطريق الاكتساب المشروع ، لانه أصبح خاصا به دون غيره من الافراد .

فالثابت اذن أن العدل فى العلاقات بين الافراد انما يقوم على أساس من التساوى التام فيما لكل فرد من حق احترام الاخر لما يخصه ابتداء أو اكتسابا .فمن العدل اذن وفاء الشخص ما تعهد به لغيره، ورده ما سلب منه ، وتعويضه عما سبب له من ضرر ، لانه بعدم الوفاء بتعهده وباعتدائه على مال الغير أو شخصه ، يكون قد انتقص من حق الغير وأضاف الى نفسه ما ليس له ، فأخل بذلك بما ينبغى بين الافراد من مساواة تامة متبادلة ، فوجب عليه اعادة اقامة هذه المساواة .

٨٦ — العدل التوزيعى (La justice distributive) (١)

يقصد بالعدل التوزيعى العدل الذى يسود علاقات الافراد بالجماعة ، من حيث وجوبه على الجماعة للافراد . فالجماعة — وهى بصدد توزيع المنافع والوظائف العامة والاعباء العامة على الافراد ينبغى أن تراعى فى مثل هذا التوزيع اختلاف الافراد فى حاجاتهم وفى مقدرتهم وجدراتهم

فمثل هذا الاختلاف المحتوم بين الافراد لا يسمح للجماعة باقامة مساواة تامة حسابية بينهم تتساوى فيها الرؤوس ، كتلك المساواة التى يحققها العدل

---

(١) راجع فى ذلك :
Dabin, Théorie générale du droit, Nos. 232 - 234. — De La ressaye-et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 63. — Duguit, op. cit., t. I, No. 11, p. 123. — Roubier, op. cit., No. 22, pp. 202 - 205; No. 26, pp. 225 - 230.

التبادلى فى العلاقات بين الافراد ، ولكن هذا الاختلاف يضطر الجماعة الى النزول عن التزام تلك المساواة الحسابية الى نوع آخر من المساواة التناسبية تكون العبرة فيه بتساوى قيم الافراد أو قيم حاجاتهم.فليس من العدل أن يعامل كل الافراد نفس المعاملة ، فينالهم نفس النصيب فيما توزعه الجماعة ، وهم ليسوا سواء لا فى ملكاتهم ولا فى حاجاتهم ولا فى قدرتهم أو جدارتهم ، فالعدل فى التوزيع لا يتصور اذن الا بمعاملة الافراد المتساوين فى الحاجة والقدرة معاملة متساوية ، ومعاملة الافراد غير المتساوين فى ذلك معاملة غير متســـاوية .

وهذا العدل التوزيعى هو الذى يفسر كون المواطنين لا يتساوون مساواة مطلقة فى الحصول على الوظائف العامة فى الدولة ، فليست مثل هذه الوظائف حقا مباحا لكل راغب فى شغلها ، وانما هى وقف على من هو أهل لملئها وحمل أعبائها بما يتوافر له من معرفة وخبرة معينة . وهو الذى يفسر كذلك اعطاء الأجراء ذوى الاولاد — زياده على أجورهم الاصلية — اعانات عائلية تعينهم على تحمل هذا العبء العائلى وحرمان الأجراء غير ذوى الاولاد منها.وهو الاساس كذلك فيما أصبح شائعا فىالعصر الحديث من فرض ضرائب تصاعدية ترتفع نسبتها بارتفاع قيمة وعائها بحيث يفرق فى المعاملة بـــين المموليـن المتفاوتين فى المركز المالى تفاوتا كبيرا بما يضمن تحقيق مساواة حقيقية فعلية بينهم فى قدر ما يمثل اقتطاع الضريبة من تضحية مالية ، لا مجرد مساواة شكلية بحتة فى نسبة الاقتطاع المادية .

فمثل هذا النوع من العدل اذن لا ينفى مطلقا فكرة المساواة الواجب تحقيقها بين الافراد ، فهذه المساواة ما زالت هى أساس العدل التوزيعى ، ولكنها فقط مساواة فى القيم تضع كل فرد فى المكان العدل حسب حاجته أو قدرته أو كفاءته ، مما يسوى بين الافراد المتساوين فى الحاجة أو القدرة أو الكفاءة ويفرق بالتالى بين غير المتساوين منهم فى ذلك .

٨٧ ـ العدل الاجتماعى (La justice sociale) (١)

اما الصورة الثالثة من صور العدل ، وهى صورة «العدل الاجتماعى»(٢) فيقصد بهـا ذلك العـدل الذى يسود علاقات الافراد بالجماعة ، ولكن من حيث وجوبه على الافراد للجماعة . فالجماعة فى الواقع هى جسم واحـد اعضاؤه الافراد ولا يمكن لجسم أن يعيش الا بنشاط كل عضو من أعضائه النشاط الواجب ، وهذا النشاط الواجب هو النشـاط الذى يسهم به كل عضو فى بعث الحـركة والحياة فى الجسم . من أجل ذلك ، كان للجماعة أن تفرض على الافراد ـ باعتبارهم أعضاءها ـ الواجبـات التى يتحقق بقيامهم بها صالح الجماعة وخيرها .

فأساس العدل الاجتماعى اذن هو اعتبار الفرد جزءا من كل هو الجماعة لا اعتباره كلا قائما بذاته . ومن هنا كان هدف العدل تسخير الجزء لخدمة الكل ، أى تسخير الفرد لخدمة الجماعة بقصد تحقيق الخير أو الصالح العام (le bien commun).

وليس يقصد بالصالح العام صالح فرد من الافراد ، ولا صالح فريق أو طائفة من الافراد فذلك محض صالح خاص . ولا يقصد به مجموع مصالح الافراد الخاصة فالجمع لا يمكن ن يرد الا على أشـياء متماثلة لهـا نفس الطبيعة والصفة ، ومثل هذه المصالح الخاصة متعارضة متضاربة فلا يمكن اضافتها بعضها الى بعض للخروج بحاصل أو ناتج جامع . وانما يقصد بالصالح العام صالح الجماعة ككل،بمعنى صالح مجموع الافراد كمجموعة مستقلة منفصلة عن آحاد مكونيها . وصالح مجموع الافراد كوحدة مستقلة انما يتولد من الاشتراك بين أفراد هذا المجموع فى غاية واحدة فهو اذن صالح

---

(١) راجع فى ذلك :

Dabin, op. cit., Nos. 235 - 239. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., Nos. 64, 65.

(٢) يطلق بعض الفقهاء على هذه الصورة اسم « العدل القانونى » (La justice légale) (أنظر فى ذلك : Dabin, op. cit., No. 235 :] .

مشترك بينهم أو صالحهم ككل ، بغض النظر عما لكل منهم — أفراد — من صالح خاص. فالفرد جزء من هذا الكل، والجزء يتلاشى فى الكل . ويطوى صالحه الخاص أمام صالح الكل أو الصالح العام · فالعدل الاجتماعى اذن هو العدل الواجب للكل على الجزء ، أو هو العدل المحقق لصالح الكل الاجتماعى أو الصالح العام ·

وهذا العدل الاجتماعى هو الاساس المبرر للسلطة فى الجماعة تلك السلطة التى يقوم عليها نظام المجتمع.فباسم هذا العدل وتحقيقا للصالح العام ، يخضع الافراد لسلطة الحكام ، ويملك الحكام على الافراد حق السيادة أو الامر دون معقب . وباسم هذا العدل كذلك ، يلتزم الحكام بتسخيرسلطاتهم لتحقيق الصالح العام وحده فتتقيد هذه السلطات بحدود هذا الصالح لا تعدوه الى غيره من المصالح .

وهذا العدل الاجتماعى هو الذى يبرر مطالبة الفرد بأداء ضريبة الدم والتضحية بحياته فى سبيل صالح المجموع ، وهو الذى يلزمه بالمساهمة فى تدعيم كيان الجماعة بأداء ما يقتضيه الصالح العام من ضرائب مالية .

وهذا العدل كذلك هو الذى يبرر المطالبة بعقاب السارق حتى ولو رد الشىء المسروق الى صاحبه ، فهذا الرد ، ان كان يرضى الصالح الخاص للمسروق منه ، ويحقق العدل التبادلى باعادة المساواة التى أخلت بها السرقة ، فهو لا يرضى الصالح العام للمجموع لانه اخلال بما يجب من أمن ونظام فى المجتمع، فيكون للجماعة المطالبة بعقاب السارق لاكراهه على التكفير عن جرمه فى حقها بعبثه بصالحها .

٨٨ — اختزال صور العدل الثلاث المتقدمة الى اثنتين : العدل الخاص ، والعدل العام

تلك هى صور العدل الثلاث عند جمهور الفلاسفة والفقهاء : عدل يجب للفرد على الفرد ، وعدل يجب للفرد على الجماعة ، وعدل يجب للجماعة على الفرد · غير أننا نرى من الافضل اختزال هذه الصور الثلاث الى صورتين

اثنتين ، بحسب ما اذا نظر الى الفرد باعتباره كائنا منفردا له كيان مستقل أى كلا قائما بنفسه ، أو باعتباره كائنا اجتماعيا لا كيان له الا بالجماعة وفى الجماعة كعضو من اعضائها اى باعتباره جزءا من كل . فعلى أساس هذه التفرقة فى صفة الفرد ، يمكن التفرقة بين نوعين من العدل ، العدل الخاص والعدل العام .

أما العدل الخاص فهو الذى يسود علاقات الافراد باعتبارهم أفرادا ، وهو يقوم على أساس من المساواة التامة باعتبار أن كل فرد يساوى الاخر فيما له من كيان مستقل . فتقوم علاقات الافراد اذن على أساس من تبادل الاحترام بين الافراد كل منهم لكيان الاخر واستقلاله وحقوقه ، وذلك هو ما جرى الاصطلاح على تسميته بالعدل التبادلى .

وأما العدل العام فهو الذى يسود علاقات الجماعة بالافراد باعتبارهم أعضاء فيها أيا كان من يجب له العدل ، هو الجماعة أم الافراد . والعبرة فى هذا العدل هى باعتبار الفرد جزءا من كل هو الجماعة ، والجماعة باعتبارها هى الكل ، ينبغى لها عدلا أن تهيمن على الجزء ونشاطه بما يحقق نفع الكل وخيره . ولذلك فالعدل فى العلاقة بين الجماعة والفرد انما يرمى الى تحقيق الصالح العام ، لا عن طريق اقامة مساواة مطلقة حسابية وانما عن طريق اقامة تفاضل بين القيم المتفاوتة للافراد — من حيث الحاجة أو القدرة أو الكفاءة — بالنسبة الى صالح الجماعة وهذا العدل العام ، يشمل مايعرف بالعدل التوزيعى والعدل الاجتماعى على السواء (١) .

فالعدل الخاص اذن يقوم على أساس من التكافؤ لتساوى الافراد فيما ينبغى لكل منهم من كيان مستقل . بينما يقوم العدل العام على أساس من السيطرة ، فالجماعة تسيطر على الافراد باعتبارهم أعضاءها ، والافراد بهذا الوصف يخضعون لما يقضى به صالح الجماعة .

---

(١) راجع فى تحديد مضمون العدل العام على هذا النحو ، وانتقاد الشائع عند الفلاسفة والفقهاء من قصر اصطلاح « العدل العام » على صورة « العدل الاجتماعى » وحدها ، وادخال صورة « العدل التوزيعى » الى جوار صورة « العدل التبادلى » تحت اصطلاح « العدل الخاص » : كتابنا أصول القانون ، هامش « ١ » ص ١٩٨ .

فكرة العدل اذن مترواحة بين تحقيق التكافؤ بين الافراد بوصفهم افرادا (العدل خاص) ، وبين تحقيق السيطرة للجماعة على الأفراد ـ بوصفهم أعضاء فى الجماعة خدمة للصالح العام (العدل العام) . وهذا التراوح بين تحقيق التكافؤ وتحقيق السيطرة استتبع تراوح القانون بين مذهبين يتنازعانه هما المذهب الفردى والمذهب الاجتماعى ، وهو ما نوجز القول فيه على الوجه التالى :

١ ـ المذهب الفردى(١)

La doctrine individualiste

٨٩ ـ أسس المذهب الفردى

يقوم هذا المذهب على أساس أن الفرد هو هدف القانون الاسمى فما يوجد القانون الا لحماية حقوق الافراد وتمكينهم من التمتع بها . ذلك أن الفرد ليس موجودا لخدمة الجماعة ، بل الجماعة هى الموجودة لخدمة الفرد . فالفرد ليس جزءا من كل ، بل هو كل مستقل قائم بذاته ، لان طبيعته الانسانية تمنحه من الارادة والحرية مايجعله سيد نفسه ومصيره . ولذلك لاتتصور الحقوق الا للافراد،أما الجماعة فلا يقع عليها الا مجرد واجبات ، واجب احترام حقوق الافراد وتمكين تمتعهم بها وواجب التوفيق بين هذه الحقوق عند تعارضها.

وحقوق الفرد عند هذا المذهب حقوق تفرضها الطبيعة له،فتولد معه ، ذلك أنها حقوق لاصقة بصفة الانسانية التى تلحق الفرد. وهذه الصفة تلحق كل الافراد فلاتفرق بين أحد منهم . ولذلك يولد الافراد جميعا متساوين فى

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Waline, L'individualisme et le droit, 2e éd., 1949. — Beudant, le droit individuel et l'Etat, 3e éd., 1920. — Duguit, op. cit., t. I, Nos. 18, 19. — Le Fur, Droit individuel et droit social, Arch. de phi. du droit, 1931, Nos. 3 - 4, pp. 279 - 309. — Radbruch, Du droit individualiste au droit social, Arch. de phil. du droit, 1931, Nos. 3 - 4, pp. 387 - 398. — Roubier, op. cit., Nos. 20 , 21, 26.

الحقوق تساويهم في الانسانية ، واول هذه الحقوق هو الحرية . وهذا هو ما عبر عنه « اعلان حقوق الانسان والمواطن » الفرنسى في مادته الاولى بقوله « يولد الناس احرارا ومتساوين في الحقوق » .

فالافراد اذن يدخلون في الجماعة بما تعطيهم الطبيعة من حقوق متساوية ، وهذه الحقوق تفرض على الجماعة ، فتلتزم الجماعة باحترامها ، وكذلك تلتزم بفرض احترام هذه الحقوق على الجميع. غير أن وجود حقوق متقابلة متساوية لدى كل الافراد ، قد يؤدي الى تعارضها · وهنا يظهر واجب الجماعة أو الدولة ، كما تظهر ضرورة القانون ووظيفته ، في العمل على التوفيق بين الاستعمال المتعارض لهذه الحقوق · وهذا التوفيق لا يتأتى الا بتقييد حقوق كل فرد بالقدر الذي يمكن غيره من استعمال نفس الحقوق(١) . فهو اذن تقييد متبادل بين كل فرد والاخر ، مما يحقق التكافؤ بين الافراد ، ذلك التكافؤ الذى تدعو اليه وحدة الطبيعة ووحدة الحقوق بين الناس · وبذلك يقوم تكافؤ وتقابل بين مالكل فرد من حق ، وما على كل فرد من واجب · وتلك هي المساواة التامة المطلقة التي تحقق العدل الخاص أو التبادلي ·

فالمذهب الفردى اذن انما عماده الحرية والمساواة المطلقة بين الافراد ، ولذلك كان المبدأ عنده هو الحرية ، والاستثناء هو تدخل الدولة لتقييد هذه الحرية · ومن هنا كان هذا التدخل مقصورا على قدر ضئيل هو القدر الضرورى فقط لتمكين كل فرد من التمتع بحريته · وفى حدود هذا القدر الضئيل ، أى بحيث لا تتعارض حرية الفرد مع حرية الاخرين ، يكون للفرد أن يعمل وينشط كما يشاء لتحقيق مصلحته الخاصة · ففي تحقيق المصالح الخاصة للافراد أكبر ضمان لتحقيق المصلحة العامة للجماعة ، اذ الصالح العام — عند هذا المذهب — يتحقق آليا بمجرد ارضاء المصالح الخاصة ، لان الهدف الاسمى لكل جماعة هو تحقيق سعادة الفرد وخيره ·

---

(١) وهذا ما عبرت عنه المادة الرابعة من « اعلان حقوق الانسان والمواطن » الفرنسي بقولها : « الحرية هى فعل كل ما لا يضر بالغير . ولذلك ليس لاستعمال الحقوق الطبيعية لكل فرد من قيود الا تلك التي تكفل لباقي الاعضاء في الجماعة التمتع بنفس الحقوق » .

وقد تأدى هذا المذهب، بنظرته المستريبة الى تدخل الدولة وحصر هذا التدخل فى أضيق نطاق مما يجعل دور الدولة مجرد دور سلبى ، الى ترك الحرية للافراد ينظمون علاقاتهم بمحض ارادتهم ، أى الى اعتناق مبدأ سلطان الارادة (L'autonomie de la volonté) · فاحتل العقد دورا يفوق دور المشرع فى حكم العلاقات بين الافراد . وأصبح شعار هذا المذهب أن ما تنعقد عليه ارادة المتعاقدين هو العدل ·

فالافراد ـ وهم يقفون على قدم المساواة القانونية أيا كانت الفروق الاقتصادية والاجتماعية بينهم ـ يستطيع كل منهم أن يرعى مصالحة بنفسه بماله من حرية الارادة.وليس من وظيفة الدولة ولامن وظيفة القانونالتدخل لاقامة وصاية على الافراد فيما يريدون وفيما يعقدون من عقود ، بدعوى حماية من أضرت به هذه العقود من المتعاقدين أو أخلت بصالحه · فما دام التكافؤ قائما بين المتعاقدين والتساوى محققا بينهما من حيث توافر حرية الارادة لدى كل منهما ، فما يقضى به العقد هو العدل الملزم ، ولا ينفع فى التحلل منه أن يكون قد لحق أحد المتعاقدين غبن فاحش ، أو لزمته شروط جائرة مرهقة · وتلك على أى حال سنة الحياة ، فالتنازع والتنافس بين مصالح الافراد الخاصة ، انما ينحسم بقانون السوق لا بقانون الجماعة أو ارادة الدولة

فالثابت اذن أن المذهب الفردى كان يقنع بتحقيق التكافؤ بين الافراد باقامة مساواة مطلقة بينهم ، على اعتبار أن كلا منهم شخص كالاخر له نفس الحقوق وعليه نفس الواجبات ، أى كان يقنع بتحقيق العدل الخاص أو التبادلى ، دون أن يتطاول الى تحقيق العدل العام بتمكين الجماعة من السيطرة على الافراد سيطرة تنفذ فيهم حكم الصالح العام ·

٩٠ ـ تقدير المذهب الفردى

كان ظهور المذهب الفردى طبيعيا وضروريا فى الزمان الذى ظهر فيه ، حيث اشتد تحكم الدولة وكثرت الفوارق الطبقية بين الافراد · ومن هنا ، راج هذا المذهب وانتشر على يد فلاسفة وكتاب القرنين السابع عشر والثامن عشر ، ثم

شق طريقه فهيمن على الثورة الفرنسية حتى اعترفت به اعترافا رسميا فى وثيقة « اعلان حقوق الانسان والمواطن » • ثم ظلت له السيادة فى عالم القانون والسياسة ، فوضعت فى ظله وتحت تأثير تعاليمه أغلب التقنينات والقوانين التى صدرت فى النصف الاول من القرن الماضى •

ولئن كان هذا المذهب لا ينكر فضله فى الدعوة الى محاربة استبداد الدولة وطغيانها ، ولا يجحد أثره فى التمهيد للاعتراف بقيمة الانسان ككائن حر الارادة والنشاط ، وتقرير المساواة بين الافراد فى الحقوق والواجبات على السواء ، فان أخطاره مالبثت أن تكشفت بما جره اطلاق الحرية للافراد واطلاق المساواة بينهم من عواقب وخيمة ونتائج ظالمة • فانه اذا كانت طبيعة الافراد واحدة ، اذ تجمعهم الانسانية ، وهم من هذه الوجهة متساوون ، الا أن الطبيعة نفسها قد أوجدت بينهم من الفروق فى الحاجة وفى القدرة ما يتعذر معه الاصرار على القول بمساواة مطلقة بينهم ، بل تكون المساواة المطلقة هنا ضربا من انكار الواقع •

واطلاق الحرية للافراد ينظمون علاقاتهم كماتشاء ارادتهم — مع ماهوثابت من عدم تساويهم فى الواقع وخاصة من ناحية القوة الاقتصادية — أدى الى أن تصبح هذه الحرية أداة فى يد الاقوياء لتشديد القبضة على الضعفاء وتسخيرهم لقضاء مصالحهم • فمكنت الحرية الاقتصادية لنمو الرأسمالية وازدياد خطرها ، مما جعل الرأسماليين قوة ضخمة تتحكم فى العمال وتفرض عليهم من الشروط الجائرة والاجور البخسة ، مالم يكن لهم بد من قبوله أمام مطالب العيش الملحة ، وكل ذلك باسم الحرية والمساواة ومبدأ سلطان الارادة(١) • وكذلك مكنت حرية التعاقد بعض الافراد من التحكم فى البعض الاخر عند اختلال التوازن بين العرض والطلب فى لسوق اختلالا كبيرا ، فالملاك يتحكمون فى المستأجرين، والبائعون فى المشترين، بالارتفاع بالاجر أو الثمن ارتفاعا فاحشا. فضاعت الحرية الحقيقية للمتعاقدين، وأصبحت مجرد

---

(١) راجع فى ذلك : كتابنا أصول قانون العمل ، ج ١ ، ١٩٦٤ ، ص ٢٤ — ٢٨ •

اعلاء من طرف على طرف ، بعد أن صار القول الفصل لقانون العرض والطلب .

وبذلك انتهى المذهب الفردى الى الاضرار بالصالح العام للجماعة ، وظهر فساد اعتقاده فى أن هذا الصالح يتحقق آليا بمجرد تحقيق الصالح الخاص ، فالافراد — وهم يجرون وراء مصالحهم الخاصة — لا يلقون بالا الى تحقيق الصالح العام ، بل كثيرا ما يحققون مصالحهم الخاصة على حساب الصالح العام ، وتمكن بعض الافراد من تحقيق مصالحهم الخاصة على حساب البعض الاخر نظرا لما يملكون عليهم من قوة اقتصادية مسيطرة يخلق جوا من القلق والتذمر الاجتماعي ليس من صالح الجماعة وجوده .

كل هذه النتائج الظالمة التى افضى اليها تطبيق المذهب الفردى قد تولدت من أن هذا المذهب — وقد نبت للحد من طغيان الدولة فوضع أمام هذا الطغيان حاجزا مما سماه بالحقوق الطبيعية للانسان التى يتساوى فيها كل الافراد — قد أغفل حقيقة أساسية هى وجود الجماعة ، كوحدة تربط بين أفراد متعاونين متضامنين ، لا كمجرد اطار صناعي يضم أفرادا منعزلين مستقلين. فلم ينظر الى الجماعة على أن لها حقوقا كما للافراد حقوق ، وأن لها صالحا يقتضيها التدخل لمنع طغيان بعض المصالح الخاصة على البعض الاخر نتيجة اطلاق الحرية للافراد مع انعدام التكافؤ الفعلي بين قواهم .

وبذلك ظهر أن العدل الخاص أو التبادلى ليس بالعدل الذى يمكن أن تقوم عليه وحده قواعد القانون ، التى تفترض وجود الجماعة ككل مستقل عن أجزائه . فمثل هذا العدل — أن كان يكفى وحده فى العلاقات بين أفراد منعزلين مستقلين — لا يصلح كأساس وحيد لحكم العلاقات بين أفراد يكونون — كأجزاء متماسكة — بناء جماعة واحدة ، ويجمعهم هدف واحد وصالح مشترك هو صالح هذه الجماعة .

كل أولئك أدى الى تكاثر الهجمات على المذهب الفردى عنيفة قاسية ، وما لبثت هذه الهجمات أن تجمعت وتبلورت حتى خرج منها « المذهب

الاجتماعي » الذي كان له أكبر الفضل في تطوير القانون والإنتقال به وبالدولة من الدور السلبي الذي اضطرهما اليه المذهب الفردي ، الى دور ايجابي يقوم على التدخل في نشاط الأفراد بما يحقق الصالح العام .

٢ — المذهب الاجتماعي(١)

٩١ — أسس المذهب الاجتماعي

بقدر ما كان المذهب الفردي متطرفا في تقديس الفرد كغاية في ذاته والإعتراف بحقوقه الى حد التغاضي عن حقوق الجماعة وصالحها، بقدر ما جاء المذهب الاجتماعي متطرفا في الناحية المقابلة أي في تقديس الجماعة وتغليب صالحها على الصالح الخاص .

فالمذهب الاجتماعي لا يعني ـ كالمذهب الفردي ـ بالانسان كفرد في ذاته منعزل ومستقل عن غيره من الناس ، ولكنه يعني به ككائن اجتماعي مرتبط بغيره من الناس ومتضامن معهم في سبيل تحقيق صالح الجماعة التي تضمهم . فالجماعة اذن — لا الفرد — هي الهدف الاسمى من الوجود لانها غاية في ذاتها وليست أداة أو وسيلة لغيرها من الغايات ، ولذلك كانت هي القيمة العليا التي ينبغي حمايتها والتمكين لصالحها وخيرها .

ومن هنا ينبغي تسخير الافراد لخدمة الجماعة ، فيساهم كل منهم بنصيب في تحقيق الصالح العام المشترك ، وهم بذلك يعملون على تحقيق مصالحهم الخاصة لان الصالح الخاص لكل فرد ينبغي أن يكون هو نفس الصالح العام للجماعة باعتبار أن الفرد لا كيان له بنفسه ، بل كيانه بالجماعة التي هو عضو

---

(١) راجع في ذلك بصفة خاصة :

Le Fur, article précité. — Radbruch, article précité. — Roubier, op. cit., Nos. 20, 22, 26. — Waline, op. cit., pp. 55 - 86.

ونفضل وصف هذا المذهب بأنه « اجتماعي » لا « اشتراكي » كما يفعل كثير من الفقهاء والكتاب ، لانه اذا كان يضم الاتجاه الاشتراكي فليس محصورا فيه ولا قاصرا عليه وحده .

من اعضائها،فتحقيق صالح الجماعة يحقق اذن بالتبعية وآليا صالح الافراد، لان الخير الذي يصيب الكل يتوزع على الاجزاء • فنقطة الابتداء اذن ـ ان كانت عند المذهب الفردى هى الفرد وصالحه الخاص باعتبار أن خير الفرد يستتبع خير المجموع وصالحه ـ تصبح عند المذهب الاجتماعى هى الجماعة وصالحها ، باعتبار أن خير المجموع هو الذى يستتبع خير الفرد وصالحه .

فالمحور الذى يرتكز عليه المذهب الاجتماعى هو اعتبار كل فرد جزءا من الجماعة ، لا مجرد انسان مستقل عن غيره من الافراد • أى أن المذهب الاجتماعى لا ينظر الى الفرد ـ كما يفعل المذهب الفردى ـ باعتباره مجرد انسان لا يختلف عن غيره من الافراد من هذه الناحية ، وانما ينظر اليه ككائن اجتماعى ، أى كفرد له حقيقته الاجتماعية المختلفة عن حقيقة غيره من الافراد أعضاء الجماعة ، من حيث الحاجة أو القدرة أو العمل أو القوة الاقتصادية أو الدور الذى يقوم به فى الحياة الاجتماعية ، أو بوجه عام ينظر الى الفرد باعتبار حالته من القوة أو الضعف الاجتماعى •

فالمذهب الاجتماعى يبصر اذن بالفروق الواقعية الموجودة بين الافراد فى الحياة ، على خلاف المذهب الفردى الذى يغفل هذه الفروق لانه لا يعنيه من الافراد الا أنهم محض أفراد مجردين من أى وصف آخر • من أجل ذلك قام المذهب الفردى على العدل الخاص أو التبادلى الذى يسوى بين الاشخاص ، بينما قام المذهب الاجتماعى على العدل العام (التوزيعى والاجتماعى) الذى يسوى بين مختلف القيم المتعلقة بالاشخاص وفقا لمقتضيات الصالح العام • وبذلك هجر المذهب الاجتماعى مبدأ التكافؤ بين الافراد ـ الذى يدعو اليه المذهب الفردى ، والذى كثيرا ما ينقلب بفعل ظروف الحياة واختلاف القوى بين الافراد الى تسلط بعض الافراد على بعض ـ واعتنق مبدأ السيطرة الذى يضمن التسلط ـ لا لفريق من الافراد على فريق ـ ولكن للجماعة وحدها على أفرادها أعضاءها ، بما يضمن فى ميزان الصالح العام التفاضل بين مختلف ما يتعلق بالاشخاص من قيم •

كل ذلك أدى بالمذهب الاجتماعى الى دعوة الجماعة الى تشديد قبضتها على الافراد والتدخل فى نشاطهم بما يحفظ الصالح العام ويحمى الضعفاء من تحكم الاقوياء ، فكبرت بذلك عنده مهمة الدولة وعظم أثر القانون وانبسط على مختلف آفاق النشاط فى الجماعة · فتقلص بذلك أو كاد مبدأ سلطان الارادة وحرية التعاقد فى منطق هذا المذهب · اذ الصالح العام يخول للدولة أن تتدخل لاقامة مساواة حقيقية بين المتعاقدين لمنع تحكم فريق فى فريق بالاستناد الى قوة اقتصادية جبارة أو الاستفادة من ظروف العرض والطلب المواتية .

٩٢ ـ تقدير المذهب الاجتماعى

ذلك هو فقه المذهب الاجتماعى ونتائجه · وليس ينكر عليه فضله فى كبح جماح الفردية المتطرفة وما تجره من طغيان الاقوياء وتحكمهم فى الضعفاء ، واهدار الصالح العام لحساب بعض المصالح الخاصة · ولكن المذهب الاجتماعى ــ كالمذهب الفردى ــ لم يخل من تطرف ومغالاة: فان كان المذهب الفردى يضحى بالجماعة لصالح الفرد فيسخرها لخدمته وكفالة حقوقه وحريته ، فالمذهب الاجتماعى يضحى بالفرد لصالح الجماعة فيجعله وقفا على خدمتها ، ولا يتحرج فى سبيل ذلك من اهدار حرية الفرد ، وتشديد قبضة الدولة عليه ـ وهى تهيمن على كل نشاطه ـ تشديدا لا تؤمن عواقبه ، اذ لا يلبث أن يدفع بها الى التحكم والاستبداد .

٩٣ ــ ضرورة الجمع بين المذهب الفردى والمذهب الاجتماعى(١) أو بين العدل الخاص والعدل العام

من كل ذلك نخلص بأن المذهبين الفردى والاجتماعى متطرفان كل منهما فى الناحية العكسية للآخر ، تطرفا يؤدى فى الناحيتين الى نتائج غير مقبولة ·

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Roubier, op. cit., No. 28, pp. 236 - 242. — De La ressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., Nos. 56 - 60. — Le Fur, article précité. — Réglade, op. cit., pp. 53 - 55.

فبينما يسوق المذهب الفردى – بمنطقه فى تقديس الفرد وحريته – الى تحكم فريق من الافراد فى فريق بما لهم من غلبة اقتصادية أو اجتماعية ، يسوق المذهب الاجتماعى – بمنطقه فى تقديس الجماعة وصالحها – الى تحكم الدولة واستبدادها وعصفها بحريات الافراد واهدارها لمصالحهم الخاصة ، مما قد يقضى على الدافع الشخصى لدى الافراد فيما يقومون به من نشاط فى الحياة فلا يلبث أن ينعكس أثر ذلك على الجماعة نفسها وعلى الصالح العام ٠

من أجل ذلك لا يتأتى الاخذ بمذهب من هذين المذهبين دون الاخر ٠ فضلا عن أن كلا منهما انما يعبر عن حقيقة أساسية لا ينبغى اغفالها فى شأن تكوين القاعدة القانونية : فالمذهب الفردى يقوم على حقيقة وجود الانسان ككائن فردى له شخصيته وكيانه الذاتى واستقلاله عن غيره من الناس ٠ والمذهب الاجتماعى يقوم على حقيقة وجود الانسان ككائن اجتماعى ، أى ككائن يعيش فى الجماعة كعضو من أعضائها فيعتبر جزءا منها لاكيان له الا بها . والخطأ انما يأتى من قصر النظر الى حقيقة دون الاخرى ، فالقول بالمذهب الفردى انما يغفل فى الانسان اجتماعيته وخضوعه للجماعة وصالحها ، والقول بالمذهب الاجتماعى انما يغفل فيه فرديته واستقلاله وحريته ٠ بينما الانسان لا يمكن أن تتصور اجتماعيته دون فرديته والا صار مجرد آلة تعمل فى جهاز ضخم كبير دون عقل أو ارادة ، وكذلك لا يمكن أن تتصور فرديته دون اجتماعيته ، والا انقلب الامر فوضى منطقها الغلبة للقوة ٠

كل ذلك يحتم الجمع بين المذهب الفردى والمذهب الاجتماعى ، واقامة قواعد القانون – على هدى هذا الجمع – بما يحقق التوازن بين طبيعة الانسان الفردية وطبيعته الاجتماعية ، مما يتيح تحقيق صالح الفرد دون اهدار صالح الجماعة ، والتمكين لخير الجماعة ولكن ليس على حساب حقوق الفرد وحريته ٠ أى أن القواعد القانونية ينبغى أن توفر للفرد ما يحتاجه من كيان ذاتى مستقل عن طريق كفالة حريته وتمتعه بحقوقه ، وأن توفر للجماعة فى نفس الوقت ما تحتاجه من كيان جماعى متماسك يتضامن فيه الافراد وتنصهر جهودهم خدمة للصالح العام المشترك بينهم . ويقدر توفيق القواعد القانونية

فى تحقيق صالح الفرد وصالح الجماعة والموازنة بينهما بما لا يهدر أحدهما ، تكون صلاحيتها وقدرتها على اقامة العدل فى الجماعة .

ومن هنا تظهر حقيقة العدل الذى ينبغى على القواعد القانونية تحقيقه ٠ فليس هو مجرد العدل الخاص الذى يقوم على أساس التكافؤ بين الافراد فيستهدف تحقيق المساواة المطلقة بين أشخاصهم ، فقد رأينا ما يجره مثل هذا العدل — وقوى الافراد متفاوتة أشد التفاوت فى الواقع — من تحكم الاقوياء فى الضعفاء ، واهدار الصالح العام لحساب الصالح الخاص ٠ وليس هو مجرد العدل العام الذى يقوم على أساس سيطرة الجماعة على الافراد سيطرة الكل على الجزء فيستهدف تحقيق الصالح العام دون اعتبار للصالح الخاص ، فقد رأينا مايجره مثل هذا العدل من تحكم الدولة وكبت الحريات واهدار حقوق الافراد ٠ وانما هو مزاج بين هذا العدل وذاك ، أى مزاج بين ما يجب من تكافؤ الفرد وتساويه مع غيره من الافراد مساواة مطلقة فى الحقوق والواجبات ، وبين ما يجب من تسخير الفرد لخدمة الجماعة واخضاعه — تبعا لذلك — لمقتضيات الصالح العام ، مما لا تتحقق به مساواة مطلقة بين الافراد ، وانما مجرد مساواة نسبية تكون العبرة فيها بتساوى القيم التى تلحق الافراد من حيث درجة تحقيقها للصالح العام ٠

فالتوازن اذن ينبغى أن يتحقق بين العدل الخاص والعدل العام ، بمعنى أن يحد كل منهما من التطرف الذى قد يندفع اليه الآخر . فالمساواة المطلقة — ان كانت واجبة بين الافراد — الا أن على الجماعة أن تتدخل للحد مما قد تفضى اليه هذه المساواة من اضرار بالصالح العام ٠ والصالح العام — ان كان يبيح للجماعة فرض سيطرتها على الافراد وتسخيرهم لخدمتها مما قد يهدر بعض المصالح الخاصة — الا أن سلطة الجماعة فى هذا الشأن ليست مطلقة ، بل هى مقيدة باحترام مقومات الفرد الاساسية ٠ أى أن الحرية والمساواة بين الافراد انما يحد من اطلاقها وانطلاقها الصالح العام . وسيطرة الجماعة وهيمنتها

على أعضـائها باسم الصالح العـام انما تتقيد باحترام حقوق الفـرد الجوهرية(١) .

وأيا كان الامر ، فالاتجاه اليوم فى القانون الحديث في كثير من الدول هو الجمع بين المذهبين الفردى والاجتماعى بما يوازن بين العدل الخاص والعدل العام . وان يكن المذهب الاجتماعى هو السائد بصورته المطلقة فى بعض لدول التى تنتصر فيها الشيوعية أو الفاشية أو النازية،حيث يعتبر هو مجرد العدل العام عن طريق تحقيق الصالح العام وحده ، باعتبار أن الفرد ما هو الا كائن اجتماعى لا وجود له الا فى الجماعة وبالجماعة ، فلا يتصور له صالح غير صالحها مايجعله مسخرا فى خدمتها . أما المذهب الفردى الذى كان سائدا حتى أواسط القرن الماضى فى قوانين أغلب الدول فقد تقلص اليوم ظله بما كان عليه من صورة مطلقة لا تعرف من العدل الاالعدل الخاص ،بعدأن تكشفت فى العمل أخطاره وأضراره ، فدخلت النزعة الاجتماعية فى هذه القوانين تكبح جماح الفردية الصارخة وتحد مما يجره العدل الخاص من نتائج ظالمة عن طريق موزانته بالعدل العام .

فالقانون المدنى الفرنسى مثلا الذى مازال معمولا به الى اليوم ، صدر فى مفتتح القرن الماضى مشبعا بروح المذهب الفردى وقام فى أغلب قواعده على أساس العدل الخاص . ولكن القضاء الفرنسى لم يقف مكتوف اليدين أمام أخطار الفردية المطلقة . فما لبث أن أفسح المجال للمذهب الاجتماعى وللعدل العام يوازن به العدل الخاص ويحد من غلوائه ، حتى غدا التقنين المدنى الفرنسى بعد قرن ونصف من الزمان من صدوره ـ بعيدا عن النزعة الفردية المطلقة التى نبت فى ظلها .

وكذلك الشأن فى **القانون المصرى** : فلقد كان للقضاء المصرى جهد مشكور فى الحد من النزعة الفردية المطلقة التى ورثها التقنين المدنى القديم عن التقنين

---

(١) فى هذا المعنى :
Réglade, op. cit., pp. 54, 55. — Roubier, op. cit., No. 28, p. 242.

المدنى الفرنسى ، بما أقر من نظريات اجتماعية الصبغة كنظرية التعسف فى استعمال الحق . ثم جاء التقنين المدنى الحالى صورة من الاعتدال بين النزعة الفردية والنزعة الاجتماعية ، فلا هو يسخر الفرد لخدمة الجماعة ولا هو يضحى بصالح الجماعة لمصلحة الفرد(١)،وانما يقيم توازنا بين حقوق الفرد وحريته كما يحتم احترامها العـــدل الخاص ، وبين حقوق الجماعة وصالحها كما يفرض احترامها العدل العام .

فلئن يكن يعترف بحرية الارادة وسلطانها فى ترتيب الاثار القانونية ، الاأنه لا يطلق لهذه الحرية العنان ، بل يورد عليها من القيود ماتحتمه رعاية الصالح العام:فارادة المتعاقدمقيدة بألا تستغل فى شخص المتعاقد الآخر طيشا بينا أو هوى جامحا ، توصلا الى غبنه وتحميله بالتزامات لا تتعادل البتـــة مع مايحصل عليه من فائدة (م ١٢٩).والارادة كذلك مقيدة فى حالة عقودالاذعان التى يقتصر القبول فيها على تسليم طرف بما يضعه الطرف الاخر من شروط مقررة لا يقبل المناقشة فيها ، كعقود توريد النور والماء والغاز ، فللقاضى ـ اذا كانت هذه الشروط تعسفية ـ أن يعد لها أو يعفى الطرف المذعن منها (م ١٤٩)

ولئن يكن التقنين المدنى الحالى كذلك يعترف بالحقوق للافراد ويكفل تمتعهم بها واستعمالهم لها ، فيحمى بذلك الفرد فى أخص مقومات كيانه ، الا أنه لا يغفل حماية الجماعة من خطر الاستعمال المطلق للحقوق والتعسف فيه ، فيخضع استعمالها لرقابة القضاء (م ٤ و ٥) .

وكذلك فان التقنين الحالى لا يقنع بتطبيق العدل الخاص فيأمر بتنفيذ العقد رغم تغير الظروف ، بل يجيز للقاضى ـ اذ طرأت ظروف استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وقت التعاقد ، مما يصير معه التنفيذ مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، أن يرد الالتزام المرهق للمدين الى الحد المعقول بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين (١٤٧ — ٢) .

---

(١) فى هذا المعنى :
عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ١ ، ص ٩٦ .

وكذلك فان المشرع المصرى حد من اطلاق مبدأ سلطان الارادة فى تنظيم عقد العمل وحكم العلاقة بين أصحاب العمل والعمال ، فتدخل فى هذا المجال بتشريعات ونصوص آمرة نجد يضمهما الان « قانون العمل » و « قانون التأمينات الاجتماعية » بما يحفظ حقوق العمال ومصالحهم ويمنع استغلال أصحاب العمل لهم .

وكذلك اضطر المشرع المصرى ـ أمام اشتداد أزمة المساكن ومغالاة ملاكها فى الارتفاع بايجاراتها ارتفاعا بالغا من التدخل أكثر من مرة لفرض تخفيضات كبيرة لاجرة المساكن ، دون أن يترك مبدأ سلطان الارادة يشل حركته فى هذا المجال ، وهو بذلك يحقق الصالح العام للجماعة ويترك فى نفس الوقت للملاك القدر العادل المشروع من الاجرة .

ثم أتيح لهذا الاتجاه الوسط بين النزعتين المتطرفتين الفردية والاجتماعية أن يستقر ويتأكد فى أخطر المناطق حساسية وأكثر الموضوعات محكا للاختلافات بين النزعتين . فمنذ ما غدت الاشتراكية العربية هى المذهب الرسمى للدولة نشط التشريع فى تحقيق أهدافها من كفالة الصالح العام للجماعة دون اهدار لصالح الفرد أو حقوقه محققا بذلك توازنا عادلا بين النزعة الاجتماعية المتطرفة والنزعة الفردية الصارخة : فقوانين التأميم المختلفة تمكن الدولة من السيطرة على الانتاج وتوجيهه أساسا لصالح الجماعة ، ولكن ذلك لا يعنى اهدار حقوق حملة هـذه الاسهم ، فالدولة لم تستول عليها مصادرة دون تعويض ، وانما التزمت بسداد قيمة ما آل اليها منها بموجب سندات اسمية عليها لمدة خمس عشرة سنة بفائدة ٤ فى المائة سنويا . وكذلك الشأن فى باقى التشريعات الاخرى التى قررت تخصيص نسبة ٢٥ فى المائة من الأرباح المعدة للتوزيع لموظفى وعمال الشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة والاحتفاظ بالباقى أى ٧٥ فى المائة من هذه الارباح للمساهمين(١) ، وحظرت تعيين أى شخص فى أكثر من وظيفة واحدة سواء فى الحكومة أو المؤسسات العامة أو الشركات أو الجمعيات أو المنشآت

---

(١) القانون رقم ١١١ لسنة ١٩٦١ .

الأخرى (١) . فكل هذه التشريعات قد استهدف المشرع من ورائها تحقيق الصالح العام ، بتمكين الدولة من ادارة الاقتصاد وتخطيطه وفق ما يمليه هذا الصالح ، وبالتقريب بين دخول الافراد تمهيدا لتذويب الفوارق بين الطبقات ، ومحاربة نفوذ واستغلال كبار الملاك والرأسماليين والاقطاعيين ، ولكنه كان حريصا فيها على عدم اهدار مصالح وحقوق الافراد الذين يضارون منها اهدارا كاملا مكتفيا بالحد منها بالقدر الضرورى لتحقيق هذا الهدف .

٩٤ ــ القوانين الوضعية المخالفة لفكرة العدل

اذا كان العــدل هو أساس القاعدة القانونية والعنصر الاهم فى تكوين جوهرها ، فمقتضى ذلك أن القانون الوضعى ينبغى أن يستلهم فى أحكامه مبادىء العدل ، وأن يتقيد بها فيما يقرر من تكاليف ، فلا يتجاوز حدودها . ولكن يحدث كثيرا فى العمل أن يتضمن القانون الوضعى أحكاما ظالمة تناقض المثل الاعلى للعدل . وهنا تتنازع الافراد قوتان : قوة الدولة أو قوة الجماعة المادية التى تفرض طاعة القانون الوضعى ، وقوة العقل المعنوية التى تفرض طاعة المثل الاعلى للعدل . وبين هاتين القوتين تتوزع وتتراوح آراء الفلاسفة والكتاب والفقهاء(٢) .

فمنهم من يغلب قوة العدل على قوة السلطان ، فيبيح تحدى قوى الدولة فيما تفرضه من قوانين ظالمة ، ويتدرج فى ذلك من مجرد العصيان الى الثورة ، وهو ما نادت به الثورة الفرنسية فيما أعلنته من حقوق الانسان ، اذ اعتبرت بعض دساتيرها حق الثورة على الظلم ومقاومته من أقدس الحقوق . ولكن هذا الحل ــ وان يكون حلا منطقيا تمليه هيمنة فكرة العدل على القانون الوضعى ــ الا أن الاعتراف به كحل قانونى قد يبذر بذور الفوضى فى الجماعة ، فيتخذه كل

---

(١) القانون رقم ١٢٥ لسنة ١٩٦١ .

(٢) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Gény, op. cit., t. IV, Nos. 283 - 300 — Dabin, La philosophie de l'ordre juridique positif, notamment Nos. 219 - 237. — Roubier, op. cit., No. 19, pp. 178 - 184. — Duguit, op. cit., t. III, notamment Nos. 98, 101.

فريق أداة لتحقيق أغراضه وأهوائه لا لتحقيق العدل فى ذاته ، كما قد يغرى الافراد بكثرة الالتجاء اليه مما يضعف سلطان الدولة وهيبتها فيفقد العدل بذلك القوة التى تحرسه وتكفل احترام أحكامه فى الجماعة .

من أجل ذلك يتجه الفقه الحديث الى البحث عن حل داخل نطاق النظم القانونية الوضعية نفسها فيضع أمله فى القضاء ، وينتظر منه شل القوانين الظالمة عن طريق رقابته لدستوريتها أى البحث فى مدى موافقتها للدستور الذى يتضمن عادة كثيرا من مبادىء العدل وقواعده أو على الاقل ينتظر منه الحد من مدى هذه القوانين الظالمة بما يملك من حرية واسعة فى التفسير ·

* * *

٩٥ ـ خلاصة هذا الباب

على هذا النحو نكون قد انتهينا من الباب الاول فى بيان العناصر المكونة لجوهر القاعدة القانونية ، أو فى بيان تكوين القاعدة القانونية من حيث الموضوع . وقد راينا أن هذا التكوين انما يرد الى عنصرين اثنين : عنصر الواقع من حقائق الحياة فى الجماعة ، وعنصر المثل الاعلى للعدل، الذى يقوم هذا الواقع ويفرض الواجب فيه · وهذا مذهب يتوسط بين فقه المدرستين المتقابلتين فى التطرف فى هذا الصدد ، المدرسة الواقعية والمدرسة المثالية ·

فالقاعدة القانونية اذن ينبغى أن ترضى — بما يوافق العدل — ما يكشف عنه الواقع من حاجات الجماعة والافراد فيها .

الباب الثانى

شكل القاعدة القانونية

٩٦ ـ تمهيد وتقسيم

تكلمنا فى الباب السابق عن جوهر القاعدة القانونية والعناصر المكونة له غير أن هذا الجوهر ـــ ككل مادة أولية ـــ يحتاج الى اعطائه الشكل أو التعبير الذى يصلح به فى التطبيق العملى . فهو يعرض عاما مبهما ، فيحتاج الى تحديد مضمونه تحديدا عمليا عن طريق الصياغة الفنية الدقيقة . وهو يعرض كذلك مجردا من قوة عملية تلزم الافراد به وتحملهم جبرا على احترامه ، فيحتاج الى سلطة تفرضه وتعطيه قوة الالزام الايجابية فى نطاق العمل ، أى تعطيه صفة القواعد القانونية الوضعية .

من أجل ذلك نقسم هذا الباب الى فصلين :

الفصل الاول ـــ فى صياغة القاعدة القانونية .

الفصل الثانى ـــ فى اعطاء القاعدة القانونية القوة الملزمة فى العمل .

الفصل الأول

صياغة القاعدة القانونية(١)

٩٧ ــ دور الصياغة وأهميته فى تكوين القاعدة القانونية :

قلنا أن القاعدة القانونية تتكون أولا كجوهر أو مادة أولية مما يمليه المثل الاعلى للعدل فى شأن ما يفصح عنه واقع الحياة الاجتماعية من حاجات مختلفة . فكأن الجوهر اذن يحدد الغاية الواجب ادراكها فى شأن هذه الحاجات . وهذه الغاية لابد لها ــ كى تتحقق ــ من وسائل وأدوات معينة . هذه الوسائل والادوات هى أساليب الصناعة أو الصياغة التى تخلق من الجوهر الاولى قاعدة عملية تصلح للتطبيق فى الحياة الاجتماعية . ومثلها فى صناعة القاعدة القانونية وصياغتها كما يفصح عنها جوهرها كمثل آلات المصانع وعددها التى تمتد الى مادة أولية كالقطن مثلا لتحليله الى ما هو مهيأ له من نسيج يصلح للاستهلاك الانسانى .

فصناعة القاعدة القانونية وصياغتها اذن عملية ضرورية لترجمة جوهرها الاولى النظرى وتحويله الى قواعد عملية صالحة للتطبيق الفعلى فى المجتمع الذى توجد لتنظيمه ، عن طريق استعمال وسائل وأدوات معينة كفيلة بهذا التحويل . وبذلك يمكن تعريف الصناعة أو الصياغة القانونية (la technique juridique) بأنها مجموع الادوات التى تخرج القاعدة القانونية الى الوجود العملى اخراجا يحقق الغاية التى يفصح

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Gény, op. cit., t. III. — Dabin, La technique de l'élaboration du droit positif spécialement du droit privé, 1935; Théorie générale du droit, Nos. 166 - 198. — Perrot, De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, Nos. 59 - 63.

عنها جوهرها ، أو أنها هى عملية الإخراج الفعلي للقاعدة القانونية بما يحقق الهدف من فرضها ؟

والصناعة أو الصياغة القانونية على هذا النحو عنصر هام من عناصر تكوين القاعدة القانونية فهى التى تعطى لها الشكل العملى أى الشكل الذى تصلح التطبيق به فى نطاق العمل . ومن هنا يتوقف على الدقة فى الصياغة القانونية وتخير أدواتها ، جانب كبير من نجاح القاعدة القانونية وتوفيقها . فلن تؤدى مثل هذه الصياغة الغرض منها الا اذا اختيرت ادواتها اختيارا يضمن — على أفضل وجه وأحسنة — التحقيق العملى للجوهر الاولى للقاعدة القانونية . ذلك ان الصياغة لا يعمد اليها الا للتعبير تعبيرا فنيا عمليا عن هذا الجوهر ، فهى اذن مسخرة فى خدمته وبما يحقق غايته .

وسنعرض فيما يلي لانواع الصياغة القانونية ثم لطرقها المختلفة .

المبحث الاول

أنواع الصياغة القانونية

٩٨ — تمهيد

اذا كانت الصياغة تعمد الى تحديد مضمون القاعدة القانونية تحديدا عمليا ، فانها تتراوح بهذا التحديد تراوحا كبيرا بين الاحكام الصارم وبين الاسلاس المرن . فهى قد تحدد هذا المضمون تحديدا جامدا محكما يربط القاضى ويقيده تقييدا صارما ، وهى قد تترخص فى تحديد هذا المضمون ترخصا يترك للقاضى حرية واسعة وسلطانا كبيرا فى التقدير والتطبيق . فالصياغة القانونية اذن نوعان : صياغة جامدة rigide ، وصياغة مرنة souple , فنعرض على التوالى لكل من هذين النوعين .

٩٩ — الصياغة الجامدة

تواجه هذه الصياغة فرضا معينا تعطيه حلا ثابتا لا يتغير بتغير الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة فردية تندرج تحت الفرض . ولذلك فهى تحقق

ثبات القاعدة القانونيةسواء بالنسبة الى الوقائع الخاضعةلها أو الحلالمطبق عليها . ومن هنا يكون عمل القاضى ، الذى يدعى الى تطبيق قاعدة قانونية ذات صياغة جامدة ، عملا شبه آلى . اذ تقيده هذه الصياغة بتحـــديدها الصارم المحكم تقييدا لا يستطيع معه الا أن يتثبت من حصول الوقائع التى تندرج تحت ما تتضمنه القاعدة من فرض معين ، وحينئذ لا يملك الا أن يعطيها الحل الثابت الذى تتضمنه هذه القاعدة .

فالقواعد التى تحدد مواعيد الطعن فى الاحكام ، بطريق المعارضة أو الاستئناف أو النقض أو التماس اعادة النظر قواعد تصاغ صياغة جامدة مقيدة للقاضى ، اذ بفوات الميعاد المحدد لا يملك القاضى الا الحكم بعدم قبول الطعن المرفوع بعد الميعاد . وكذلك تبدو الصياغة القانونية الجــامدة فى القاعدة التى تقضى بأن كل شخص جاوز الحادية والعشرين سنة ولم يحجر عليه يكون كامل الاهلية لمباشرة حقوقه المدنية (م ٤٤ مدنى) ، وفى القاعدة التى تقضى بأنه لا يجوز الاتفاق على البقاء فى الشيوع ومنع قسمة الشىء الشائع لمدة تجاوز خمس سنوات (م ٨٣٤ مدنى) .

١٠٠ — الصـــياغة المرنة

لا تعطى هذه الصياغة للقاعدة القانونية صفة ثابتة محددة وانما تعطيها نوعا من المرونة والاستجابة لظروف العمل المختلفة تتسع به — عند التطبيق — لادخال الملابسات الخاصة بكل حالة فردية فى الاعتبار . فهى اذن لا تضع للقاعدة القانونية حلا ثابتا واحدا لا يتغير بتغير الحالات التى تنـــدرج تحت الفرض الذى تواجهه ، وانما تقتنع باعطاء القاضى معيارا متوسطا للسلوك يستهدى به فيما يعرض عليه من أقضية،فيقوم بموافقته على خصوصياتكل حالة أو قضية تعرض أمامه مما يمكنه من تنويع الحلول والتفاوت بهابتفاوت الحالات وتفاوت ظروفها وملابساتها . وبذلك تبسط الصياغة المرنة للقاضى فى حرية التطبيق ، فتمنحه — بما ترسم من موجه عام — سلطة تقــديرية واســـعة .

ومن أمثلة الصياغة المرنة القاعدة التى تخول للجار الرجوع على جاره بطلب ازالة ما يسببه له الجار من مضار تتجاوز الحد المألوف أو التعويض عنها (م ٨٠٧ — ٢ مدنى) . فمثل هذه الصياغة لا تقيد القاضى بقاعدة جامدة ثابتة فى شأن اضرار الجوار بل تترك له حرية واسعة فى تقدير هذه الاضرار مستهديا بما ترسمه من موجه عام ومعيار مرن هو معيار المضار المألوفة فى الجوار . فيستطيع بذلك مطابقة مثل هذا المعيار المرن على خصوصيات كل حالة فردية من حالات النزاع الناشىء عن الجوار معتدا فى ذلك بالظروف والملابسات الخاصة كطبيعة العقارات وموقعها والغرض المخصصة له . وقد مكنت مرونة هذا المعيار القضاء من مواجهة ما استتبعه التقدم الصناعى فى العصر الحديث من أنواع جديدة من المضار غير المألوفة للجوار واعطائها ما يناسبها من حلول (١) .

وكذلك تعتبر من أمثلة الصياغة المرنة القاعدة التى تجيز للواهب الالتجاء الى القضاء طالبا الترخيص له فى الرجوع فى الهبة متى كان يستند الى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع (م ٥٠٠ / ٢ مدنى) . فمعيار العذر المقبول الذى ترسمه هذه القاعدة معيار مرن كل المرونة ، يبيح للقاضى الكشف عما يعتبر عذرا مقبولا بالنسبة لكل حالة على حدتها أخذا بالظروف والملابسات الخاصة المحيطة بها .

وكذلك فمعيار الباعث المشروع ومعيار المدة المعقولة اللذان يقاس بهما صحة ما قد تتضمنه العقود أو الوصايا من شروط منع التصرف فى الاموال (م ٨٢٣ مدنى) من أمثلة الصياغة التى تمكن القاضى من تقدير صحة مثل هذه الشروط حسب ظروف كل حالة وملابساتها .

١٠١ — مقارنة بين الصياغة الجامدة والصياغة المرنة

الواقع أن الصياغة الجامدة للقاعدة القانونية لا تحقق الا فكرة العدل

---

(١) راجع فى ذلك كتابنا « الحقوق العينية الاصلية ، أحكام حق الملكية » ، ١٩٦٥ ، فقرة ٩٩ ، ص ٣٢٥ وما بعدها .

المجرد ، لانها لا تواجه الا فرضا مجردا ، فلا تملك بالتبعية الا اعطاءه حلا مجردا . فمثل هذه الصياغة لاتدخل في اعتبارها مايميز كل حالة فردية من خصوصيات ، وانما تجمع الحالات الفردية التى تندرج تحت فرض معين في نموذج واحد مجرد رغم اختلاف هذه الحالات فى الظروف والملابسات ، وتعطى لهذا النموذج حلا واحدا يصدق علي كل ما يندرج تحته من حالات فردية مختلفة . فالقاعدة التى تحدد كمال الاهلية ببلوغ الشخص سن الحادية والعشرين ، انما تحقق عدلا مجردا ، لانها تحدد نفس السن لكل الافراد دون اعتداد باختلافهم وتفاوتهم في درجة النضج والقدرة على مباشرة هذه الحقوق . فمنهم من يتقدم به الرشد الحقيقى عن السن المقررة . ومنهم من يتأخر به هذا الرشد عن تلك السن . ولئن تكن للصياغة الجامدة من ميزة ، فهى أن مثل هذا العدل المجرد الذى تستهدفه يحقق الثبات والاستقرار والامن فى المجتمع .

أما الصياغة المرنة فتستهدف تحقيق العدل الفعلى أو الواقعى ، دون أن تقنع بتحقيق العدل المجرد ، فانها — بما تضع من موجه عام أو معيار مرن — تمكن القاضى من تكييف هذا الموجه أو مطابقة هذا المعيار على خصوصيات كل حالة توصلا الى اعطائها الحل المناسب لها . أى ان الصياغة المرنة لا تحقق العدل بالنسبة الى نموذج مجرد كما تفعل الصياغة الجامدة وانما تحققه بالنسبة الى حالات واقعية مختلفة . ومن هنا كان العدل الذى تحققه الصياغة الجامدة عدلا متوحدا لا يختلف باختلاف الحالات الفردية المندرجة تحت النموذج المجرد ، وكان العدل الذى تحققه الصياغة المرنة عدلا متفاوتا بتفاوت الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة . وبذلك يمكن القول بأن الصياغة الجامدة انما هى وسيلة لتحقيق العدل « la justice » ، بينما الصياغة المرنة هى احدى وسائل تحقيق العدالة « L'équité » (١) .

---

(١) يختلف « العدل » عن « العدالة » . ذلك أنه رغم قيامهما على مبدأ المساواة فى معاملة المخاطبين بأحكام القانون ، الا أن المساواة التى تقوم عليها فكرة العدل هى مساواة جامدة مجردة تبنى على أساس الوضع الغالب فى الحياة دون اعتداد بتفاوت الظروف أو اختلاف الجزئيات فى الحالات المتماثلة . بينما المساواة التى تقوم عليها فكرة العدالة هى مساواة مجسمة واقعية تقوم على أساس التماثل فى المعاملة للحالات المتماثلة اذا تماثلت كذلك هذه الحالات فى ظروفها الخاصة وجزئياتها الواقعية .

فالصياغة المرنة في بعض قواعد العقوبات تمكن القاضي من تحقيق العدالة : فعدم تحديد العقوبة بقدر ثابت وحصرها بين حدين ، حد أقصى وحد أدنى ، يمكن القاضى من التراوح بالعقوبة بين هذين الحدين حسب ما تمليه ظروف كل حالة . واجازة تخفيض العقوبة اذا وجدت ظروف أو أعذار مخففة ، تمكن القاضى من النزول بالعقوبة والتدرج فى هذا النزول حسب ما تمليه ظروف كل حالة من ضرورة استعمال الرأفة . وكذلك فالصياغة المرنة تمكن القاضى من مراعاة العدل فى شأن أضرار الجوار اذ يستطيع مطابقة معيار « الاضرار المألوفة » على ما يعرض أمامه من حالات ، وتحديد الاضرار التى تجاوز المألوف فى كل حالة تبعا للظروف الخاصة بها ، والحكم فى كل حالة بما يناسبها من الامر بازالة الضرر المجاوز للمألوف أو التعويض عن ضرورة تحمله بمبلغ من المال . وكذلك تمكن الصياغة المرنة القاضى من تقدير ما يحيط بكل واهب يطلب الرجوع فى الهبة من ظروف خاصة تبرر هذا الرجوع فتعتبر من قبيل « العذر المقبول » .

وفى كل هذه الحالات حيث تمكن الصياغة المرنة من تحقيق العدل الواقعي أو العدالة دون الوقوف عند تحقيق العدل المجرد ، تكون للقاعدة القانونية المرنة اذن قدرة على مسايرة التطور الاجتماعى ومواجهة ما يطرأ من وقائع وحالات جديدة(١) ، بخلاف القاعدة القانونية الجامدة التى تكتفى بتحقيق العدل

= والاصل أن القانون يستهدف تحقيق العدل ، ولا يستهدف تحقيق العدالة الا استثناء . ولذلك فهو حين يعمد مثلا الى تحديد سن الرشد ، لا يترك الامر الى القضاء ينظر فى كل حال بخصوصها ليحدد سن الرشد على ضوء ظروفها ، وان يكن فى ذلك تحقيق للعدالة نظرا الى تفاوت الناس فى النضج العقلى وتأخر تمامه عند بعض وتبكيره عند بعض آخر ، ولكن القانون يكتفى باقامة توازن بين هؤلاء الناس المتفاوتين فى النضج العقلى على أساس الوضع الشائع فيهم ومتوسط سن هذا النضج بينهم ، فيحدد الرشد بسن الثامنة عشرة كما يفعل بعض المشرعين أو بسن الحادية والعشرين كما يفعل المشرع المصري . وليس يخفى ما قد يكون فى هذا التحديد الجامد العام من ظلم على بعض الناس مبكرى النضج العقلى ، أو ما قد يكون فيه من محاباة لبعض آخر بطىء هذا النضج ، ولكنه رغم ذلك عدل يقتضيه تحقيق النظام والاستقرار فى الجماعة (انظر كتابنا « أصول القانون » فقرة ١١ ، ص ٣٠ و ٣١) .

(١) قد يأخذ على الصياغة المرنة بعض خصومها أنها — بما تترك للقاضى من سلطة واسعة فى التقدير — لا تلبث أن تقوده الى التحكم ، مما يتعذر معه اشاعة ما يجب من أمن واستقرار فى المعاملات . غير أن هذا الخوف من تحكم القضاء ، ليس ثم ما يبرره . فالقضاء قد أثبت دائما — وهو الامين على تطبيق القانون — أنه يزن أحكامه بميزان دقيق يعلو على =

المجرد ، فتجمد عن متابعة التطور الاجتماعى قانعة بتحقيق الثبات والاستقرار ·

وأيا كان الرأى فى المفاضلة بين الصياغتين : الجامدة والمرنة ، فالثابت أن القانون محتاج اليهما معا حاجة المجتمع الى الاستقرار والتطور على السواء · فكل من الصياغتين يحقق احدى هاتين الغايتين على حساب الغاية الاخرى · فالصياغة الجامدة ــ ان كانت تحقق الاستقرار ــ الا أنها تضطر الى تحقيقه على حساب التطور ، فتجمد بالقاعدة القانونية عن مواجهة ما يجد من حالات ، وتقنع بتحقيق عدل مجرد يواجه أوضاعا مجردة دون اعتبار للظروف والملابسات الخاصة · والصياغة المرنة ــ ان كانت تؤهل القاعدة القانونية للتكيف وفق الظروف الخاصة ومسايرة التطور الاجتماعى ــ الا أن ذلك يتم على حساب الاخلال بالاستقرار والامن فى المعاملات ·

فالحاجة اذن مزدوجة الى الصياغةالجامدة والصياغة المرنة علىالسواء . ولكن مجال الصياغة الجامدة ما زال أفسح وأرحب من مجال الصياغة المرنة ، اذ ما زالت اعتبارات الاستقرار فى المجتمع غالبة على اعتبارات التطور به ، بحيث يمكن القول ان القاعدة الجامدة (règle rigide) هى نموزج القواعد القانونية فى الاصل ، أما القاعدة المرنة أو المعيارية (standard) فمجرد استثناء يلجأ اليه فى الحالات التى يستعصى الامر فيها على التحديد الثابت الجامد ازاء ما هى عليه من تطور مستمر وتفاوت واضح فى الظروف والملابسات الخاصة .

وفى القانون المصرى ، ما زالت الغلبة للقواعد الجامدة على القواعد المرنة أو المعيارية · وان يكن التقنين المدنى الحالى قد أفسح المجال لبعض قواعد معيارية يستهدى بها القاضى فى التفاوت بالحلول حسب التفاوت فى الظروف

= كل مظنة أو تحكم . فضلا عن أن وجود محكمة النقض أو التمييز ــ وهى الرقيبة على صحة تطبيق القانون ــ كفيل بتوحيد اتجاه المحاكم توحيدا يقوم على القصد والاعتدال فى استعمال ما تمنحها الصياغة المرنة من سلطة تقديرية واسعة .

والملابسات المحيطة بالقضايا المرفوعة أمامه . فمن ذلك — فضلا عما سبق بيانه من معيار «العذر المقبول» فى الرجوع فى الهبة ، ومعيار « المضار المألوفة الجوار » ، ومعيار « الباعث المشرع » و « المدة المعقولة » فى شأن الشروط المانعة من التصرف — معايير أخرى من أهمها معيار « الغلط الجوهرى » (م ١٢٠ مدنى) ، ومعيار «التدليس الجسيم» (م ١٢٥ مدنى) ، ومعيار «الرهبة القائمة على أساس » (م ١٢٧ مدنى) ، فى الوقوف على ما يشوب الارادة من عيب يجيز ابطال العقد . وكذلك معيار « اختلال التوازن بين التزامات المتعاقدين » ومعيار « استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح » ، لابطال العقد أو انقاص التزامات من وقع عليه الاستغلال (م ١٢٩ مدنى) . وكذلك معيار « الظروف الاستثنائية العامة غير المتوقعة » ، ومعيار « التنفيذ المرهق » . لتعديل العقد ورد الالتزام المرهق الى الحد المعقول (م ١٤٧ — ٢ مدنى) .

المبحث الثانى

طرق الصياغة القانونية

قلنا ان الصناعة أو الصياغة القانونية هى مجموع الادوات أو الطرق التى تخرج القاعدة القانونية الى الوجود العملى اخراجا يحقق الغاية التى يفصح عنها جوهرها . ونأخذ الان فى بيان هذه الادوات والطرق التى يقسمها الفقه الى طرق مادية وطرق معنوية .

المطلب الاول

الطرق المــادية

Les procédés matériels

يقصد بالطرق المادية للصياغة القانونية تلك الادوات التى تعبر عن جوهر القاعدة القانونية تعبيرا ماديا مجسما فى مظهر خارجى . وسوف نجتزىء فى بيان هذه الطرق المادية بالاشارة الى الطريقتين التاليتين .

١٠٢ — احلال الكم محل الكيف(١) :

يقصد بطريقة « احلال الكم محل الكيف » Substitution du quantitatif au qualitatif اعطاء القاعدة القانونية تحديدا محكما بالتعبير عن مضمونها برقم معين ، مما يجعل تطبيقها آليا ، لا يفسح المجال عادة لتحكم من جانب القاضي . فالمعنى الذي يتضمنه جوهر القاعدة القانونية كيفا معنويا يصاغ اذن صياغة كمية او رقمية ، تحدده في العمل تحديدا ثابتا لا تأويل فيه ولا ابهام ، مما يمنع الخلاف بشأنه وييسر أمر فهمه وتطبيقه على السواء .

ولعل أكبر مثل على هذا النوع المادى من الصياغة القانونية هو تحديد أهلية مباشرة الحقوق المدنية بسن معينة . ذلك أن جوهر القاعدة القانونية في هذا الشأن ، هو اناطة الاهلية بتمام التمييز ورجحان العقل ، وهو ما لا يصلح بذاته للتطبيق العملى الحاسم . فالوقوف على التمييز والعقل لتحديد الاهلية ، لا يتأتى — والافراد متفاوتون فى ذلك أشد التفاوت — الا بترك الامر الى القاضى ، يتفحص كل فرد من الافراد على حدة ليعين له أهليته تبعا لدرجة نضوجه العقلى . وليس يحتاج الامر الى بيان ما قد يجره ذلك من تحكم القضاء ، فضلا عن أنه يخلق مصدرا للمنازعات لا ينضب ، مما يضيع كثيرا من الوقت والجهد والمال . من أجل ذلك كان من المحتم ترجمة تمام التمييز أو رجحان العقل ، وهو معنى كيفى ، ترجمة عملية يسيرة الفهم والتطبيق ، وهل ثم ترجمة عملية لهذا المعنى خير من تحديده بسن معينة هى السن التى يتم عندها رشد الفرد العادى ؟ . وهذا هو ما اتبعه المشرع المصرى حين نص فى التقنين المدنى على أن « سن الرشد هى احدى وعشرون سنة ميلادية كاملة » (م ٤٤ — ٢) .

ومن قبيل ذلك أيضا تحديد أهلية مباشرة الحقوق السياسية : فتحدد أهلية الانتخاب مثلا بسن معينة قد تزيد أو تنقص عن سن الرشد المدنى . وتحدد

---

(١) راجع فى ذلك :
Gény, op. cit., t. III, No. 197. — Dabin, La technique de l'élaboration du droit positif, pp. 122 et s.

أهلية الترشيح لعضوية المجالس النيابية بسن معينة، أو بتوافر نصاب مالى معين فى المرشح كحد أدنى لدخله أو للضريبة التى يدفعها سنويا.

وكذلك فمن أمثلة احلال الكم محل الكيف تحديد أنصبة الورثة بنسب معينة، تراعى فى قدرها درجة القرابة الى المتوفى . وتحديد مدى حق الإيصاء بنسبة معينة من التركة هى الثلث . وتحديد الغبن فى بيع عقار غير ذى الاهلية بما يزيد على خمس ثمن المثل (م ٤٢٥ مدنى) . وتحديد الربا الفاحش بما يزيد على سبعة فى المائة (م ٢٢٧ مدنى) . وتحديد التقادم المسقط والمكسب بخمسة عشرة سنة كقاعدة عامة (م ٣٧٤ و٩٦٨ مدنى) .

وقد يكون من قبيل احلال الكم محل الكيف رد جوهر القاعدة القانونية الى عدد محدود من الحالات ، اى صياغته صياغة تحصره وتعدده بما لا يدع مجالا لمجاوزة الحصر والتعديد . ومن أمثلة ذلك النص الذى يحدد الديون الممتازة التى يكون لها أفضلية فى الوفاء على سائر الديون الاخرى تحديدا على سبيل الحصر (م ١١٣٨ وما بعدها مدنى) . والذى يثبت الحق فى الشفعة لاشخاص يعددهم عدا بما يتوافر فيهم من صفات معينة (م ٩٣٦ مدنى) .

١٠٣ ـ الشكليات :

يقصد بذلك المظاهر الخارجية التى يفرض على الافراد اتباعها فى تصرفاتهم لامكان ترتيب آثار قانونية معينة . وبذلك ينضاف الى العنصر الداخلى عنصر خارجى يؤكد وجوده ويضمن مفعوله فى نطاق القانون . ويقصد باشتراط هذه الأشكال وتلك المظاهر الخارجية ، اما التنبيه الى خطورة بعض التصرفات ، وأما تيسير اثباتها من بعد ، أما أمكان الاحتجاج بها على الغير .

(١) راجع فى ذلك :

Gény, op. cit., t. III, Nos. 202 - 206. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 61.

أما الشكل الذى يقصد منه التنبيه الى خطورة بعض التصرفات ، فهو عادة الرسمية أى افراغ التصرفات فى كتابة رسمية تتم على يد موظف رسمى طبقا للاوضاع القانونية وفى حدود سلطته واختصاصه · ولئن كان القاعدة العامة فى القانون الحديث اليوم هى مبدأ الرضائية أى الاكتفاء بحصول التراضى بين المتعاقدين لانعقاد العقد والالزام به ـ خلافا لما كان قائما فى القانون الرومانى من قبل ـ الا أن من التصرفات ذات الخطر والاثر الضخم ما يقتضى التنبيه اليها والتعسير على من يريد ابرامها ـ باشتراط حصول تحريرها بواسطة موظف رسمى مختص ـ ليتدبر أمرها ويبصر بمخاطرها ، فلا يقدم عليها الا عن روية وبصيرة · ومن قبيل ذلك ما تشترطه المادة ٤٨٨ من التقنين المدنى المصرى من أن تكون هبة العقار بورقة رسمية والا وقعت باطلة .وماتشترطه المادة ١٠٣١ من نفس التقنين من رسمية الرهن التأمينى أو الرسمى الذى يرد على عقار · وتنبغى الاشارة الى أن الرسمية هنا شرط لانعقاد التصرف لا لاثباته ، بحيث اذا لم تتم هبة العقار بورقة رسمية وقعت باطلة · واذا تم الرهن الرسمى بورقة عرفية فهو باطل منعدم لا تترتب عليه آثاره القانونية ·

ومن قبيل الاشكال التى يقصد منها التنبيه الى خطورة التصرف ـ غير الشكل الرسمى ـ اشتراط الحصول على اذن معين لمباشرة بعض التصرفات ، كبعض التصرفات المحددة التى لا يجوز للوصى مباشرتها الا باذن المحكمة حماية لاموال القاصر ·

وأما الشكل الذى يقصد منه تيسير اثبات التصرفات منعا لكثرة المناقضات بشأنها ، فهو عادة الكتابة . ومن ذلك ما ينص عليه المشرع المصرى من أن يكون الاثبات عن طريق الكتابة فى غير المواد التجارية اذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على عشرين جنيها ، وأما ما تقل قيمته عن ذلك فيصح اثباته بشهادة الشهود أى بالبينة (م ٦٠ من قانون الاثبات الجديد) (١) .

---

(١) رفع قانون الاثبات الجديد نصاب الاثبات بالكتابة الى ما يزيد على عشرين جنيها بعد أن كان أصلا مايزيد على عشرة جنيهات (م ٤٠٠ مدنى) ، وذلك نظرا لانخفاض القوة الشرائية للنقـود .

فالمقصود هنا هو التفرقة بين التصرفات التافهة القيمة ، وبين التصرفات التى تكون على جانب من القيمة المالية ، ولا حرج من الترخص فى اثبات الاولى ولو عن طريق الشهادة ، أما الثانية فالمصلحة تقضى باشتراط الكتابة بشأنها • فان لم تتم كتابتها فليس يمنع ذلك من انعقادها صحيحة ، وان قام عدم الكتابة عقبة فى سبيل اثباتها . فالكتابة اذن شرط لاثبات هذه التصرفات لا شرطلانعقادها.

وأما الشكل الذى يقصد منه امكان الاحتجاج ببعض التصرفات فى مواجهة الغير ، فمن أمثلته ما يقضى به المشرع المصرى من أنه « تعتبر الشركة (المدنية) بمجرد تكونها شخصا اعتباريا ، ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير الا بعد استيفاء اجراءات النشر التى يقررها القانون » (م ٥٠٦ ـ ١ مدنى) ، وما ينص عليه من أنه لا يكون الرهن الرسمى نافذا فى حق الغير الا اذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقا عينيا على العقار (م ١٠٥٣ مدنى) • ففى هذه الحالات جميعا ، لا يكفى انعقاد التصرف فيما بين أطرافه لنفاذه فى حق الغير ، اذ يلزم لهذا النفاذ اتخاذ الشكل المطلوب • فالشكل فى هذه الحالات انما يقصد به حماية الغير عن طريق اعلامه بالتصرف القانونى الذى لم يكن طرفا فيه ، بحيث يكون لهذا الغير ــ عند تخلف الشكل ــ تجاهل التصرف رغم توافر عناصر تكوينه أو انعقاده القانونى .

المطلب الثـــانى

الطـــرق المعنـــوية

Les procédés intellectuels

يقصد بالطرق المعنوية للصياغة القانونية الدلالة على ما قد يلجأ اليه من عمل ذهنى بحت فى سبيل اخراج القاعدة القانونية اخراجا عمليا يحقق الغاية التى يفصح عنها جوهرها ، فهى اذن طريقة منطقية محض من صنع الذهن . وسوف نجتزىء فى بيان هذه الطرق بالاشارة الى طريقتين اثنتين هامتين منها هى: القرائن القانونية والافتراض أو الحيل القانونية .

١٠٤ — القرائن القانونية (١)

يقصد بالقرائن القانونية (Présomptions légales ou de droit) اخذ أمر مشكوك فيه — ولكنه محتمل تبعا للغالب والمألوف في العمل — على أنه أمر مؤكد ، اي تحويل الشك في شأنه الي يقين واخراج القاعدة القانونية على هذا الاساس. ذلك أن ماتحكمه القواعد القانونية من أوضاع قد يحوطه شك أو غموض يستعصى على الجلاء ولما كان التحقيق العملى للقانون ولفكرة العدل التى يستهدفها يتطلب دقة واحكاما واستقرارا معينا ، فان هذا قد يدفع القانون دفعا الى تحويل الشك الى يقين عن طريق اقامة قرينة قانونية . فالقرينة القانونية اذن عملية ذهنية تتلخص فى تبديد الشك والاختلاط الذى يحيط بعض المراكز والتصويرات القانونية بتأكيد حاسم يبنى على المعنى الاكثر موافقة للراجح والمألوف فى العمل (٢) .

واذا كان المجال الاصلى للقرائن القانونية هو مجال الاثبات ، أى مجال القواعد القانونية المتعلقة باثبات الحق ، فان الحاجة اليها قائمة كذلك فى مجال القواعد القانونية الموضوعية أى المتعلقة بموضوع الحق لا باثباته .

(١) القرائن القانونية فى مجال الاثبات :

المجال الاصلى للقرائن القانونية هو مجال الاثبات . فحيث يتعلق الامر باثبات مراكز واقعية تمهيدا لتطبيق القانون عليها من بعد ، ويكون هذا الاثبات مستحيلا أو مستعصيا يعدل القانون عن التكليف به ، مكتفيا باعتبار المألوف والغالب فى العمل فى شأن هذه الاوضاع هو الواقع الحاصل ، فيعتد به

---

(١) راجع فى ذلك خاصة :

Gény, op. cit., t. III, Nos. 230 - 239. — Decottignies. Les présomptions en droit privé. 1950. — Dalloz, Répertoire de droit civil, t. IV, Nos. 61, 215, 245.

عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد ، الجزء الثانى ، فقرات ٣٢١ — ٣٢٤ ، عبد المنعم فرج الصدة ، الاثبات فى المواد المدنية ، ط ٢ ، ١٩٥٤ ، فقرات ٢٢٤ — ٢٣٢ .

(٢) Gény, op. cit., III, No. 230, pp. 266 - 267

ويعتبره ثابتا بذاته دون عناء اقامة الدليل عليه · فالشك فى أمر وضع من الاوضاع لتعذر اثباته أو استحالته ، يتحول اذن الى يقين عن طريق عمل ذهنى يأخذ الغالب فى العمل امارة وقرينة تصدق على كل حالات هذا الوضع . وبذلك يتوصل القانون الى تحقيق الطمأنينة والامن والاستقرار فى المجتمع ، اذ لو ترك الامر للاثبات المادى العادى المباشر — وهو متعذر فى مثل هذه الاوضاع أو مستحيل — لكثرت المنازعات والادعاء بالباطل ولدخل التحكم أحكام القضاء ·

ومن أمثلة هذه القرائن القانونية قرينة الزوجية على ثبوت المولود من زوج الوالدة ، اذ ما دام الحمل قد حصل وقت الزوجية فيفترض أن الولد ابن الزوج . فالولد اذن ثمرة الزوجية ونتاجها ، أو كما ورد فى حديث الرسول عليه السلام « الولد للفراش » · ذلك أن اثبات نسب المولود للزوجة من زوجها أمر عسير أو مستحيل ، فلا يتصور التكليف به · ولما كان الغالب فى العمل هو أن الزوجة مقصورة على زوجها فلاتتصل اتصالا جنسيا الا به ولاتلد بالتبعية الا منه ، فيعمم هذا الغالب ويحمل عدم التثبت من أبوة الزوج بدليل مادى مباشر محمل اليقين ، فيفترض أن المولود من حمل حدث وقت الزوجية[1] هو ابنـــه .

ومن أمثلة هذه القرائن كذلك قرينة اعتبار المفقود ميتا متى غلب على الظن هلاكه[2] . فهذه القرينة مثل من أمثلة الصياغة القانونية الضرورية لمواجهة حالة استثنائية لا يمكن القطع فيها بدليل أو بينه على وفاة المفقود أو حياته ، اذ المصلحة تقضى — فى الحالات التى يغلب فيها هلاكه — باعتباره ميتا لتصفية ما

---

(١) يعنى القانون كذلك باقامة قرائن قانونية على أعتبار الحمل حادثاً وقت الزوجية بتحديد حد أدنى له من وقت انعقاد الزواج وحد أقصى له من وقت انحلال الزواج · وقد حدد المشرع المصرى الحد الادنى بستة أشهر والحد الاقصى بسنة (أنظر فى ذلك : عبد الوهاب خلاف ، احكام الاحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية ، ١٩٣٨ ، ص ١٨٦ و ١٨٧ · — عمر عبدالله ، احكام الشريعة الاسلامية فى الاحوال الشخصية ، ١٩٥٦ ، ص ٤١٠ و ٤١١ · — وكتابنا أصول القانون ، فقرة ٣٧٥ ، ص ٧٢١) ·

(٢) أنظر لاحقا ما سيرد فى شأن أحكام المفقود عند التعرض لنهاية شخصية الانسان أى الشخص الطبيعى ·

هو معلق من حقوقه . فما دام يغلب هلاك المفقود ، وما دام اثبات وفاته أمرا متعذرا أو مستحيلا ، فلا حرج من اتخاذ حكم ما يغلب من هلاكه ، أمارة على تحققه وقرينة على وفاته .

ومن هذه القرائن القانونية كذلك ، اعتبار ارتكاب القاصر عملا غيرمشروع قرينة على خطأ من يتولى رقابته كالأب أو الوصى بتقصيره فى أداء مايقع عليه من واجب الرقابة (م ١٧٣ مدنى) ، واعتبار ان الضرر الحادث من الحيوان أو من انهدام البناء أو من الالات الميكانيكية أو الاشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة قرينة على خطأ من يتولى حراستها وتقصيره فى القيام بهذه الحراسة (م ١٧٦ و١٧٧ و١٧٨ مدنى) ، واعتبار الوفاء بقسط من الاجرة قرينة على الوفاء بالاقساط السابقة على هذا القسط (م ٥٨٧ مدنى) .

وفى كل هذه القرائن وأمثالها يعفى القانون من تقررت القرينة لمصلحته من عبء اثبات ما تقرره(١) . اذ هذا الاثبات متضمن فى ذات القرينة ، ولذلك يقرر المشرع المصرى أن « القرينة القانونية تغنى من قررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الاثبات ... » (م ٩٩ من قانون الاثبات الجديد رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨) .

ولكن لماكانت القرائن القانونية مبنية على الغالب الراجح فى العمل بحيث لا تصل الى يقين مؤكد يرتفع بها عن كل مظنة أو خلاف ، يجب أن يترك الباب مفتوحا فى الاصل أمام ما قد يتخلف أو يشذ من حالات عن حكم هذا الغالب ، بحيث يصبح من الجائز اقامة الدليل على هذا التخلف أو الشذوذ ونقض القرينة المقامة فى شأنها بالتالى. ولذلك كان المبدأ أن القرائن القانونية قرائن

---

(١) ولكن يبقى واقعا على عاتق من تقررت القرينة لمصلحته اقامة الدليل على توافرالشروط التى يتطلبها القانون لقيامها . فيجب مثلا اثبات الزواج وولادة المولود للزوجة من حمل حادث وقت الزوجية لاعتبار المولود ابنا للزوج ، بمقتضى القرينة المقامة دون حاجة الى اثبات هذا النسب . ويجب اثبات غيبة المفقود فى ظروف يغلب فيها هلاكه للحكم بوفاته دون حاجة الى اقامة الدليل على هذه الوفاة . ويجب اثبات خطأ القاصر ، لاعتبار متولى رقابته مقصرا فى الرقابة دون حاجة الى اثبات تقصيره . (انظر كتابنا أصول القانون ، فقرة ١١٠ ، ص ٢٤١ و ٢٤٢) .وهكذا الشأن فى باقى القرائن الاخرى .

بسيطة تقبل اثبات العكس (١) . ولكن هذا لا يمنع من أن يقرر استثناء ولاعتبارات خاصة الخروج على هذا المبدأ واعتبار بعض القرائن القانونية **قرائن قاطعة** لايجوز اثبات عكس ماتقضيبه(٢) . وهذا ما تعنيه المادة ٩٩ من قانون الاثبات الجديد سالفة الذكر بقولها أنه « ... يجوز نقض ... القرينة بالدليل العكسى ، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك». ومن قبيلالقرائن القاطعة الاستثنائية ما يقيمه القانون من قرينة على خطأ حارس الحيوان أو الآلات الميكانيكية والاشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة (م ١٧٦ و ١٧٨ مدنى) (٣) .

وغنى عن البيان أن القرائن القانونية فى مجال الاثبات تفترق عن **القرائن القضائية** . فالقرائن القانونية طريقة معنوية لصياغة القاعدة القانونية ، أى أن اقامتها انما تكون فى مرحلة تكوين القاعدة القانونية ، ولذلك تكون من صنع المشرع أو القانون الوضعى بوجه عام (٤) . أما القرائن القضائية فهىمنصنع

---

(١) فيجوز مثلا نقض قرينة اعتبار المفقود ميتا باثبات عودة المفقود أو استمرار حياته ، ونقض قرينة خطأ متولى رقابة القاصر باثبات قيامه بواجب الرقابة بما ينبغى من حيطة وعناية .

والاصل أن مثل هذا الاثبات يخضع للقواعد العامة ، الا أن يستلزم المشرع طريقا معينا خاصا لنقض القرينة واثبات عكس ما تقضى به ، فلا يجوز سلوك طريق غيره لنقضها . ومن قبيل ذلك ، الطريق الخاص المقرر فى الشريعة الاسلامية لنقض قرينة « الولد للفراش » وهو طريق اللعان (أنظر فى تفصيل هذا الطريق وشروطه : عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق ، ص ١٨٨ . — عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٤١١ — ٤١٤) ، وطريق الطعن بالتزوير لدحض قرينة حجية السند الرسمى بما دون فيه من أمور قام بها محررها فى حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره (م ١١ من قانون الاثبات الجديد) .

(٢) ومع ذلك ، فمن المتفق عليه أن القرائن القانونية القاطعة يمكن دحضها ولكن بالاقرار او اليمين (أنظر : Decottignies, thèse précitée, Nos. 53 - 55 — عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرة ٣٣٢) .

(٣) من الواضح أن القرينة هنا قرينة على الخطأ لا على المسئولية . ولذلك فاذا كانت هذه القرينة قاطعة بمعنى أنه يمتنع على الحارس اقامة الدليل على عكسها باثبات عدم تقصيره أو خطئه فى الحراسة ، فان ذلك لا يمنعه من نفى مسئوليته عن طريق نفى علاقة السببية بين هذا الخطأ والضرر الحاصل .

(٤) لا يستأثر التشريع وحده بصنع القرائن القانونية ، بل يملكه كذلك كل مصدر رسمى آخر من مصادر القانون الوضعى كالعرف ، والقول بغير ذلك معناه رد القانون الوضعى كله الى مصدر وحيد هو التشريع ، وهذا غير صحيح . (فى هذا المعنى : Gény, op. cit., t. III, No. 235, pp. 327, 330) — وقارن : عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرة ٣٢٢ ، ص ٦٠٠) .

القاضى ، مما يفترض أن اقامتها أو استخلاصها يكون فى مرحلة تطبيق القاعدة القانونية لا فى مرحلة تكوينها ٠ فالقاضى يستخلص فى صدد قضية مطروحة عليه ، من بعض الوقائع الثابتة لديه، أمارات يكون بهاعقيدته ـ طبقاللغالب فى العمل ومجرى الامور الطبيعى ـ فى شان واقعة من وقائع الدعوى لا يقوم عليها دليل مباشر(١) ، كاستخلاصه صورية البيع من قيام علاقة زوجية أو قرابة وثيقة بين أطرافه ، واستخلاصه التحايل على ما يقرره القانون للجار من الاخذ بالشفعة من بيع الارض المشفوع فيها الا جزءا ضئيلا هو المجاور لارض الجار أو مع هبة هذا الجزء الى مشترى الارض ٠

(٢) القرائن القانونية فى مجال القواعد الموضوعية :

تمس الحاجة كذلك الى القرائن القانونية فى مجال القواعد المتعلقة بموضوع الحق . وهى تقوم فى هذا المجال على ما تقوم عليه فى مجالها الاصلى ، وهو مجال اثبات الحق ، من فكرة الاحتمال والرجحان بقصد تبديد الشك والاختلاط ٠ ولكن يبقى ثم فارق جوهرى بين وضع القرائن فى كل من المجالين ٠ ففى مجال الاثبات ، حيث تستخدم القرينة وسيلة اثبات أو اعفاء منه أو تبديل فى محله ، تعتبر القرينة هى محل القاعدة القانونية التى تقررها ، بحيث يرتبط تطبيق هذه القاعدة بفكرة القرينة وما تمثله من احتمال ورجحان ، فيمكن التوصل فى الاصل الى منع اعمال القاعدة القانونية فى شان الحالات التى تشذ بها ظروفها على وجه اليقين عن مقتضى ما تعممه القرينة من احتمال ورجحان ، ولذلك قلنا انه يمكن فى الاصل دحض القرائن القانونية فى

---

(١) يتمتع القاضى بسلطة واسعة فى استنباط القرائن القضائية ، وهو ما يؤدى ـ بالنظر الى الاختلاف المحتوم بين القضاة فى هذا الاستنباط تبعا لاختلاف النظر والتقدير ـ الى عدم اتفاق المحاكم على ما يعتبر من قبيل القرائن القضائية ، والى اضعاف الدلالة المستمدة من هذه القرائن فى مجال الاثبات بالتالى بما يضع هذه القرائن دون مرتبة الكتابة ويساويها بمرتبة البينة أى الشهادة (أنظر : عبد الرزاق السنهورى ، ج ٢ ، فقرة ١٧٨ ، ص ٣٣٤) ٠ ولذلك ينص المشرع المصرى على أنه لا يجوز الاثبات بقرينة قضائية الا حيث يجوز الاثبات بشهادة الشهود (م ١٠٠ من قانون الاثبات الجديد) ٠

مجال الاثبات باقامة الدليل العكسى . أما فى مجال القواعد الموضوعيـــة ، فلا يتعـــدى دور القرينـــة القانونيـــة دور الدافع أو العلة لتقـــرير حـــكم القاعدة القانونية (وقد لا تكون هى الدافع أو العلة الوحيدة لذلك) بحيث اذا أدت دورها من الدفع الى تقريره تلاشت وبقى الحكم وحده قائما دونها على استقلال(١) ، وهو ما يجعل تطبيق القاعدة القانونية غير مناط بما دفع الى تقريرها من قرينة تعمم احتمالا أو رجحانا معينا ، فلايتأتى منع تطبيقها اذن فى شان بعض الحالات بدعوى تخلف مقتضى هذا الاحتمال والرجحان(٢) .

وأظهر مثل على القرائن القانونية فى مجال القواعد الموضوعية مايعمد اليه المشرع من تحديد سن الرشد بسن الحادية والعشرين فى القانون المصرى . فالمشرع بذلك انما يقيم هذا الحكم مدفوعا باعتبار أن هذه السن قرينة على كمال الارادة ونضج العقل ، حيث أن الغالب الراجح فى العمل هو توافر هدا الكمال والنضج للافراد ببلوغ هذه السن . ولكن بخروج القاعدة الموضوعية المحددة لسن الرشد الى الوجود ، تتلاشى القرينة التى دفعت الىتقريرهابعد أن انتهى دورها ، فلا يعلق اعمال حكم هذه القاعدة على ضرورة توافر مقتضى هذه القرينة فى كل الحالات . ولذلك ينطبق هذا الحكم على الجميع حتى ولو كانت حالات البعض منهم مما يشذ عن الغالب الراجح فى العمل ، فيظل الشخص معدودا قاصرا حتى ولو اكتمل له النضج العقلى والارادة قبل سن الحادية والعشرين فى القانون المصرى .

---

(١) راجع فى التفرقة بين القرائن القانونية فى مجال الاثبات وبين القواعد الموضوعية التى تمثل القرينة فيها دور الدافع أو العلة :

Gény, op. cit., t. III, pp. 236 et s. — Decottignies, thèse précitée, pp. 44, 45.

عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرات ٣٣٤ و ٣٣٥ و ٣٣٧ .

(٢) ومن شأن ذلك سهولة الخلط بين القواعد الموضوعية الامرة وبين القرائن القـانونية القاطعة . ولكن فضلا عن الفارق بينهما من حيث المجال ومن حيث دور القرينة كما هو مبين فى المتن ، يبقى ثم فارق آخر هام بينهما : هو استحالة دحض القواعد الموضوعية الامرة التى تمثل القرينة فيها دور الدافع والعلة بأى طريق من الطرق حتى بالاقرار أو اليمين ، وامكان دحض القرائن القانوية القاطعة — رغم قطعيتها — بالاقرار أو اليمين (انظر : عبد الرازق السنهورى، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرة ٣٣٧ ، ص ٦٢٢) .

وكذلك يبدو أثر هذا النوع من القرائن فيما يقرره القانون من أن « الحيازة فى المنقول سند الحائز » . فهــذه قاعدة موضوعية(١) تختفى وراءها قرينة قانونية ماخوذه من الغالب فى العمل من أن حيازة المنقول تكون بيد المالك ٠ ولكنها قرينة تنفصل عن القاعدة ، اذ تقوم منها مقام العلة والدافع ، ولذلك لا يعلق اعمال القاعدة على توافر مقتضى هذه القرينة فى كل الحالا ت٠ فما دامت شرائط هذا الاعمال متوافرة ، فلا يتأتى بعد ذلك منعه — فى الحالات التى تشذ عن حكم الغالب — بدعوى أن المالك الحقيقى شخص آخر غير الحائز ، اذ الحيازة — متى توافرت شرائطها — تصبح بمقتضى القاعدة سببا لملكية المنقول .

ويبدو أثر هذا النوع من القرائن كذلك فيما يقرره القانون من « حجية الامر المقضى » (l'autorité de la chose jugée) (٢) . فهــــذه قاعدة موضوعية(٣) تختفى وراءها قرينة قانونية على اعتبار الحكم القضائى عنوان الحقيقة فيمــا قضى به ، اذ الغالب أن تقيم الاحكام القضائية قضاءها على أساس صحيح فتصل بذلك الى تقرير الحقيقة ٠ واذا كانت هذه القرينة هى أحد الدوافع الى تقرير هذه القاعدة ، فانها تتوارى وتنفصل عنها بحيث لا يعلق اعمال القاعدة على توافر مقتضى هذه القرينة بالنسبة الى كل الاحكام القضائية ٠ فالامر المقضى تكون له دائما حجيته ، دون نظر الى ما قد يشذ فى النادر من أحكام عن مقتضى الغالب من قضاء الاحكام بالحقيقة . وبذلك يمتنع دائما على نفس الخصوم فى نزاع سبق الفصل فيه بحكم قضائى ، أن يجددوا

---

(١) فى هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرة ٣٣٧ .

(٢) تجب التفرقة بين « حجية الامر المقضى » وبين « قوة الامر المقضى » (La force de la chose jugée). فالحجية تلحق كل حكم موضوعى فاصل فى خصومة ، سواء كان نهائيا أو ابتدائيا ، حضوريا أو غيابيا . أما القوة فلا تلحق الا الحكم النهائى وحده ، وهو الذى لا يقبل الطعن فيه بطرق الطعن العادية (فى هذا المعنى : عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرة ٣٤٢) .

(٣) فى هذا المعنى :
عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرات ٣٣٣ و ٣٣٧ و ٣٤٤ .

أمام المحاكم بغير طرق الطعن القانونية ــ أى بدفع أو دعوى مبتدأة ــ نفس النزاع المتعلق بذات الحق محلا وسببا (م ١٠١ من قانون الاثبات الجديد)(١).

واذا كانت هذه القرائن وأمثالها تتلاشى وراء القواعد الموضوعية ، فيبقى على اى حال أنها تعتبر من دوافعها وعللها ، وهو ما يمدها بسند عقلى منطقى يبرر أحكامها(٢) .

١٠٥ ــ الافتراض أو الحيل القانونية(٣)

يقصد بالافتراض أو الحيل القانونية (Les fictions juridique ou de droit) اعطاء وضع من الاوضاع حكما يخالف الحقيقة توصلا الى ترتيب أثر قانونى معين عليه ما كان ليترتب لولا هذه المخالفة . وبذلك تبدو طريقة الافتراض أو الحيل القانونية احتيالا وتزويرا على الواقع ، اذ ــ وهى تقوم على تصوير ذهنى معين ــ لا تجعل منه انعكاسا لاصل صورته الطبيعية فى الواقع بل قلبا وتحريفا له ، وذلك بقصد تحقيق ما تستهدفه من غرض اقامة التنظيم القانونى على نحو معين(٤) .

وعلى هذا النحو ، يبدو الفارق البعيد بين « القرائن القانونية » وبين « الافتراض أو الحيل القانونية : » فرغم أنهما يشتركان فى اعتبارهما طرقا معنوية لصياغة القاعدة القانونية تقوم على تصوير ذهنى للواقع ، تحكمى

---

(١) راجع فى تفصيل « حجية الامر المقضى » :
عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ٢ ، فقرات ٣٤١ ــ ٣٧٩ ، ص ٦٣٠ ــ ٧١٤.

(٢) Gény, op. cit., t. III, No. 239, p. 359

(٣) راجع فى ذلك بصفة خاصة :
Dekkers, La fiction juridique, 1935. — Gény, op. cit., t. III, Nos. 240—252.

وانظر كذلك كتابنا أصول القانون ، فقرة ١١١ ، ص ٢٤٨ ــ ٢٥٢ .

(٤) Gény, op. cit, t. III, No. 241, pp. 267—269.

بعض الشىء ، بقصد تيسير الوصول الى غايات عملية معينة ، الا أن الطريقة الاولى تؤسس تصويرها على الاحتمالات الغالبة الراجحة فى العمل بحيث ياتى تعميمه فىالاتجاه العادى الطبيعى للامور ، بينماتستبيح الطريقةالثانية — فى سبيل الوصول الى الهدف المقصود — تأسيس تصويرها على انكار الواقعأو تشويهه(١) . ولذلك يعتبر الافتراض مخالفة صريحة للواقع ، بينما تعتبر القرائن تسليما بحكم الطبيعى والغالب منه .

ومن أمثلة الافتراض أو الحيل القانونية نظام الموت المدنى(٢) الذى كان معروفا — كعقوبة تبعية — فى بعض الشرائع الى قريب . فبمقتضاه كان يفترض موت الشخص افتراضا بحتا رغم مخالفة ذلك للواقع من بقائه فعلا بقيد الحياة ، ويرتب على هذا الافتراض أثره القانونى من اهدار الشخصية بما يستتبعه هذا الاهدار من نتائج مختلفة .

ومن قبيل الافتراض أو الحيل القانونية كذلك ، ما قد يعمد اليه القانون من تقديم التوقيت ساعة فى الصيف مخالفا بذلك حكم التوقيت الطبيعى .

وتعتبر طائفة العقارات بالتخصيص (immeubles par destination) وطائفة المنقولات بالمـآل «meubles par anticipation)من قبيل الافتراض أو الحيل القانونية كذلك ، حيث يخالف القانون بتقريرها التقسيم الطبيعى للاشياء مخالفة صارخة ، فيفترض أن بعض المنقولات عقارات اذا كانت مرصودة على خدمة عقار أو استغلاله ، ويفترض أن بعض العقـارات منقولات ما دام مآلها القريب الى الانفصال عن أصل ثباتها والتحـول بذلك الى منقولات .

ورغم ما تحققه هذه الطريقة المعنوية لصياغة القاعدة القانونية من فوائد عملية لا يمكن انكارها ، فلا ينبغى اغفال ما تنطوى عليه من أخطار جسيمة

---

(١) Gény, op. cit., t. III, No. 228, pp, 260—261

(٢) أنظر فى هذا النظام : كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ، ص ٧١١ و ٧١٢ .

نتيجة قيامها على أساس مخالف للطبيعة والواقع.ولذلك ينبغى أن يظل التجاء القانون اليها محصورا فى أضيق الحدود ، حين يكون الالتجاء اليها أمرا لازما وضروريا لتحقيق العدل أو النفع الاجتماعى ، وحينئذ تكون مثل هذه الغاية هى التبرير الوحيد للافتراض أو الحيلة القانونية(١) ٠ وعلى أى حال فان تحديد مدى هذا الافتراض يجب ألا يجاوز حدود الغرض المقصود من تقريره ، فيكون اذن محلا للتفسير الضيق باعتباره وسيلة اصطناعية للتعبير عن القانون(٢) ٠

---

(١) Gény, op. cit., t. III, No. 247, pp. 417, 418.

(٢) يقصر « جينى » ذلك على حالة ما اذا كان الافتراض حلا تحكميا يفرضه المشرع ٠ أما اذا كان المشرع قد ألبس مبدأ نافعا أو عادلا ثوب الافتراض لكى يسهل اجراءه فى الحياة العملية ، فيكون من المناسب الاعتراف له بكل ما هو اهل له من مدى واسع (Gény, op. cit., t. III, No. 251, p. 436.

الفصل الثانى

اعطاء القاعدة القانونية القوة الملزمة فى العمل

١٠٦ ـ تمهيد وتقسيم

قلنا ان جوهر القاعدة القانونية يعرض عاما مبهما ، فتحدد مضمونه الصياغة الفنية بما يهيئه للتطبيق العملى ٠ غير أنه يظل مجردا من قوة تلزم الافراد به ، اذ لاتكون له الا قوة الزام أدبية يفرضها العقل ، فيحتاج الى قوة الزام ايجابية تفرضه على الافراد فى الجماعة وتكفل احترامه عن طريق الاجبار المادى . فالقاعدة القانونية اذن تحتاج الى سلطة تعطيها القوةالملزمة فى العمل ، فتفرضها على الناس وتحملهم جبرا على احترام أحكامها ٠ وبهذه القوة الملزمة تصير القاعدة القانونية قاعدة وضعية ، أى قاعدة سائدةمطبقة فى العمل ، ترصد الدولة قوتها المادية على كفالة احترامها ٠

فما هى السلطات التى تملك اعطاء القاعدة القـــــانونية قوة ملزمة فى العمل ؟. أو بعبارة أخرى ، ما هى المصادر الرسمية للقاعدة القــــانونية الوضعية ؟ ٠ يقتضينا الرد على ذلك أن نعرض لهذه المصادر بوجه عام ، ثم نعرض لها فى القانون المصرى بوجه خاص ٠

ولذلك نقسم هذا الفصل الى مبحثين :

المبحث الاول ــ فى المصادر الرسمية للقاعدة القانونية بوجه عام ٠

المبحث الثانى ــ فى المصادر الرسمية للقانون المصرى ٠

المبحث الاول

المصادر الرسمية للقاعدة القانونية بوجه عام

١٠٧ ـ تمهيد

ليست المصادر الرسمية للقاعدة القانونية واحدة مشتركة فى كل الجماعات ،بل هى تختلف من جماعة الى أخرى تبعا للظروف الخاصة المحيطة بكل منها والمتفاوتة بتفاوت الزمان ٠

ورغم هذا الاختلاف بين الجماعات فى المصادر الرسمية للقاعدة القانونية ، نستطيع أن نقول أن العرف والتشريع — على تفاوت بينهما فى الاهميةوالمرتبة بحسب المكان والزمان ـ يعتبران كقاعدة عامة مصدرين رسميين تشترك فيهما كل الجماعات قديما وحديثا ٠

غير أن ثم مصادر أخرى — الى جنب العرف والتشريع — عرفتها بعض جماعات دون أخرى فى القديم والحديث على السواء ، وان يكن حظهـا اليوم — فى عداد المصادر الرسمية للقواعد القانونية — اما ضئيلا كالدين ، أو منعدما كالفقه ، أو خاصا بجماعة أو جماعات معينة كالقضاء . فنعرض اذن لكل هذه المصادر الرسمية : العرف والتشريع ، ثم الدين ، ثم الفقه ، ثم القضـــاء .

المطلب الاول

العرف والتشريع

١٠٨ — تمهيد واحالة

لعل أول مصدر عرفته الانسانية من المصادر الرسمية للقاعدة القانونية هو العرف ، فكانت القاعدة القانونية تظهر فى العمل مستكملة قوتها الملزمة نتيجة تواتر الافراد على العمل بسنة معينة ، مع اعتقادهم فى الزامها وضرورة احترام أحكامها بتوقيع الجزاء أو الاجبار على من يخالفها ٠

ولكن مثل هذا المصدر ، ان كان يوافق الجماعات البدائية حيث حاجاتها لم تتعقد بعد ، الا أنه لايلبث ــ مع تقدم الزمن وتضخم الجماعا تواوزدياد أوجه النشاط فيها وتشعب الروابط بين أفرادها ــ أن يقصر عن الوفاء بحاجاتها ، ويتخلف ــ وهو مصدر بطيء الانتاج ــ عن ملاحقة سيرها الحثيث ومطالبها المتكاثرة . فيتوارى قليلا ليفسح الطريق أمام مصدر ثان هو التشريع ، تفرض الدولة القواعد القانونية عن طريقه بما يتركز بين يديها من قوة وسلطان ·

والعرف والتشريع مصدران رسميان للقواعد القانونية ، عرفتهما كل الجماعات منذ قديم ، ومازالت تعرفهما الى اليوم ، وان يكن حظهما فيهامتفاوت كل التفاوت · فالعرف فى القديم كان المصدر الرسمى الاول ، ثم مازال يتقهقر فى أهميته حتى غدت الصدارة اليوم ــ عند أغلب الجماعات ــ للتشريع فى الالزام بالقواعد القانونية · ورغم ذلك ، فما زالت بعض جماعات قليلة تحل العرف فى العصر الحديث المكان الاول بين المصادر الرسمية للقواعد القانونية فيها وتغلبه على التشريع · غير أن انتشار المذهب الاجتماعى فى الاونة الحاضرة ، بما يستتبع ازدياد تدخل الدولة فى نشاط الافراد تحقيقا للصالح العام ، أصبح يهدد العرف فى مركزه باعتباره المصدر الرسمى الاول للقانون فيها ، ويفسح المجال للتشريع تمهيدا لاحلاله محل العرف فى الاهمية والاعتبار ·

وليس هنا مجال بسط القول فى التشريع والعرف ، فمحل ذلك عندالكلام فى المصادر الرسمية للقانون المصرى ، باعتبارهما فى الطليعة منها ·

المطلب الثـانى

الدين

١٠٩ ــ صلة الدين بالقانون

يقصد بالدين القواعد والاحكام التى ينزلها الله بوحى من عنـــده على الناس ، وهى تنظم عادة العبادات أى علاقة المرء بربه ، والاخلاقيات أى علاقة

المرءبنفسه · ولما كانت مثل هذه العلاقات لاتعنى القانون فى الاصل كما سبق البيان ، فضلا عن أن الجزاء على مخالفة قواعد الدين لايعدو مجرد الجزاء الاخروى أو استنكار الضمير ، فقد ظل بذلك لكل من الدين والقانون نطاقه الخاص ·

غير أن من الاديان ماجاء منتظما ـ فضلا عن قواعد العبادات وقواعد الاخلاق ـ لقواعد المعاملات بالمعنى الواسع أى للقواعد التى تحكم علاقة المرء بغيره، ومقررا ـ فضلا عن الجزاءات الاخروية ـ لجزاءات دنيوية كفالة لاحترام أحكامها ، ومن هنا نشأت صلة الدين بالقانون · ثم أتيح لمثل هذه الاديان أن تنتشر فى بعض الجماعات ، وأن يطبق من قواعدها مايمس القانون تطبيقا عمليا تكفله قوة الاجبار الجماعى ، فغدا الدين فى هذه الجماعات مصدرا رسميا للقانون ـ فيما يطبق من قواعده ـ الى جنب المصادر الرسمية الاخرى. بمعنى أن الدين صارت لقواعده قوة الزام عملية تستمد منه مباشرة دون واسطة من أى مصدر رسمى آخر ، بحيث غدت هذه القواعد الدينية تلزم الافراد بقوتها الذاتية أى بقوة صدورها عن الله ، دون أن يكون للدولة أى نصيب فى فرضها أو الالزام بها ، وانما يقتصر دور الدولة فى شأنها على تسخير قواها المادية الغلابة فى سبيل كفالة احترامها ·

ثم تهاوت مع الزمن هيبة الدين وغلب عليه التشريع ، فزحزحه فى أغلب الجماعات عن مكانه بين المصادر الرسمية للقانون ، ورده فى بعضها الى أن يكون مجرد عامل من عوامل الحقائق الواقعية التى تسهم بنصيب فى تكوين جوهر القانون ، أى كمصدر تاريخى تستقى منه أحكام التشريع ·

غير أن قلة من الجماعات ماتزال تحتفظ للدين بمكانة بين المصادر الرسمية للقانون ، فى نطاق يتفاوت بتفاوت تمسكها بالدين ، وتفاوت نشاط حركة التشريع فيها · ومن بين هذه الجماعات أكثر الدول العربية حيث يعتبر الدين الاسلامى مصدرا رسميا للقانون فيها ، اما بوصفه مصدرا أصليا عاما ، واما بوصفه مصدرا أصليا خاصا فى نطاق محدود هو عادة نطاق مسائل الاحوال

الشخصية ، واما بوصفه مصدرا احتياطيا ، بل وحيث تعتبر باقى الاديان السماوية الاخرى كذلك مصدرا أصليا خاصا بمعتنقيها فى نطاق مسائل الاحوال الشخصية • أما الدول الغربية التى انتشر فيها الدين المسيحى ، فلم تعد تعتبر هذا الدين مصدرا رسميا للقانون فيها اليوم . ويعنينا أساسا فى هذا المقام التعرض للدين الاسلامى والدين المسيحى ، فهذان الدينان المتقابلان اليوم فى الشرق والغرب ، يختلفان فيما لكل منهما من قوة الزام بالقواعد القانونية فى نطاق العمل ، على النحو الذى نوجزه فيما يلى •

١١٠ ـ الدين المسيحى

تحكمت ظروف العصر الذى نشأ فيه هذا الدين ، فى صرفه عن وضع قواعد قانونية بالمعنى الصحيح تحكم العلاقات الاجتماعية وروابط الناس بعضهم ببعض ، وفى حصر جهده فى تثبيت قواعد الاخلاق وتقويم النفوس . ذلك أن الدين المسيحى قد نشأ فى عصر ومكان مزدحم بالشرائع والقوانين والنصوص من شريعة موسى وشريعة الرومان ، فلم تكن الحاجة اليه ليأتى بمزيد من القواعد القانونية والاحكام الدنيوية ، وانما كانت الحاجة اليه أكبر ماتكون لانقاذ الشرايع والقوانين من أيدى الجامدين والحرفيين وعبدة الالفاظ والنصوص • من أجل ذلك ترك الدين المسيحى مجال القانون ، فلم يعرض لقواعده القائمة بتعديل أو الغاء ، واقتصر على مخاطبة النفوس والضمائر يروضها بالاخلاق ويهذبها بالعبادة (١) ، ففصل بذلك بين الدين والدولة وبين الدين والقانون ، وقال قولته المشهورة « ماالله لله ، وما لقيصر لقيصر » •

ثم اتيح للدين المسيحى أن ينتشر بعد ذلك فى أنحاء الارض وعلى الاخص فى بلاد الغرب ، فأتيح بذلك لرجال الكنيسة حظ موفور من السيطرة والنفوذ والسلطان حتى اختلطت السلطة الدينية بالسلطة الزمنية وأمكن للكنيسة أن

---

(١) انظر فى ذلك :
عباس محمود العقاد ، عبقرية المسيح ، ١٩٥٣ ، ص ١٢٢ و ١٢٣ •

تفرض على الناس ـ الى جانب قواعد القانون الرومانى السائد حينئذفى أغلب هذه البلاد ـ قواعد قانونية فى شئون كثيرة مختلفة تتصل بالزواج والطلاق والميراث والوصية والعقود . وهى قواعد لم ينزل بأكثرها الدين المسيحى نفسه ـ لانه كما سبق البيان دين قد اعتزل فى نشأته السلطة وابتعد عن نطاق القانون ـ ولكن خرجها فقهاء الكنيسة تخريجا من المثل والمبادىء المسيحية . فتكون من ذلك ما يعرف بالقانون الكنسى (١) ، وهو قانون ليس مصدره الرسمى المباشر الدين المسيحى نفسه كماقلنا ، وانما مصدره الكنيسةنفسها، واجتهاد فقهائها وقضاتها اجتهادا يستلهم روح الدين المسيحى وتعاليم السيد المسيح .

وظل القانون الكنسى معمولا به فى أغلب هذه البلاد ـ أى كمصدر رسمى للقانون فيها ـ حتى استقلت السلطة الزمنية بالامر وقوضت سلطان الكنيسة بفصلها عن الدولة فصلا تاما . فاندثر بذلك القانون الكنسى باعتباره مصدرا رسميا ، وان ظل له من نفوذه وسلطانه على النفوس ما أبقاه الى اليوم مصدرا تاريخيا يستقى منه كثيرمن قواعد القانون فيها . ولعل من أهم قواعدالقانون الحديث التى يعتبر القانون الكنسى مصدرا تاريخيا لها قاعدة الرضائية فى العقود ،تلك القاعدة التى نص عليها فقهاء الكنيسة ، فحرروا بها العقود من الشكليات التى كان يشترطها القانون الرومانى لتمام انعقادها ، واكتفوا فى ذلك بمجرد تراضى الطرفين .

وسنرى فيما بعد أن الدين المسيحى ، أو على الاصح ماتكون من قواعد دينية مسيحية نتيجة اجتهاد الفقهاء الكنسيين ، يعتبر مصدرا رسميا للقانون المصرى ـــ كغيره من الاديان السائدة فى مصر ـــ فى بعض مسائل الاحوال الشخصية .

---

(١) راجع فى القانون الكنسى وتطوره من حيث مدى اتصاله بالقانون :

De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 165. — Marty et Raynaud, op. cit., No. 66. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. 1, No. 79.

١١١ — الدين الاسلامى

أما الدين الاسلامى ، فقد نزل به الوحى دينا وقانونا فى آن واحد ، أو — كما جرى على الالسن — نزل دينا ودولة . فلميقتنع بوضع قواعدالاخلاق وقواعد العبادات ، بل جاوز هذا النطاق الاصلى للدين الى وضع قواعد للقانون نحكم المعاملات بمعناها الواسع ، فتضمن قواعد كثيرة خاصة بالزواج والنسب والطلاق والولاية والوصاية والميراث والوصية والعقود والاثبات والجرائم والعقوبات أو الحدود .

وقد نزل الوحى بهذه القواعد اما معنى ولفظا من عند الله فى الكتاب أى القرآن ، واما معنى فقط من الله جرى به قول الرسول أو فعله . ثم أتيح للشريعة الاسلامية أن تنمو ويتسع نطاقها بفضل الاجماع من ناحية،والقياس من ناحية أخرى . فنشأ من ذلك كله نظام قانونى ضخممتماسك كان من الممكن أن يظل سائدا الى اليوم فى البلاد الاسلامية يسد حاجاتها ومطالبها التى استحدثها العصر الحديث،لو لم يحكم عليه بالجمود اقفال بابالاجتهاد.فهل تم ضربة وجهت الى الشريعة الاسلامية أكبر من اقفال باب الاجتهاد وتحريم الرأى على المجتهدين من الفقهاء ؟ . كأنما تكفى كلمة تقال بتحريم الاجتهاد وقفل بابه حتى يقفل المجتمع بابه دون التطور ويعيش فى عصره على تراث الماضى وتركة الاباء (١) ! .

وأيا ماكان الامر ، فقد ظلت الشريعة الاسلامية — باعتبارها المصدر الرسمى الاول للقانون — سائدة فى البلاد العربية بوجه عام الى عهد قريب ، ثم ابتدأ الوعى يتيقظ فى هذه البلاد بعد قرون طويلة من التأخر والانحلال وأصبح من الحتم مسايرة روح العصر بما استحدث من حاجات وضروب نشاط لم تكن معهودة من قبل .

ولم تكن هذه المسايرة لتتأتى الا بسلوك أحد طريقين : اما القيام بحركة

---

(١) يبدو أن الثورة على اقفال باب الاجتهاد قد بلغت أخيرا بعض المعاصرين من فقهاء الشريعة الاسلامية (انظر فى ذلك بخاصة : محمد يوسف موسى ، الفقه الاسلامى ، مدخل لدراسته — نظامالمعاملاتفيه، ١٩٥٤ ، فقرات ٣٠١ و ٣٠٢ ، ص ٢٠٤ — ٢٠٦) .

احياء واسعة للشريعة الاسلامية ، بعد أن قضى على أحكامها بالجمود والقصور اقفال باب الاجتهاد طوال قرون عدة . واما الاتجاه الى الغرب لاقتباس ما وضع فيه من قواعد قانونية حديثة ترضى حاجات العصر ونزعاته ومطالبه ·

وقد سلكت أكثر الدول العربية الطريق الثانى تعجيلا بالاصلاح المنشود ، ونكولا عن حمل اعباء الطريق الاول أمام ما تتطلبه حركة أحياء الشريعة الاسلامية من جهود جمة ومصاعب جسيمة . فابتدأت حركة التشريع تنشط فيها وتروج على حساب الشريعة الاسلامية، حتى تخلفت بهذه الشريعة المرتبة بين مصادر القانون الرسمية فيها ، أو ضاق نطاق الزامها فى العمل ضيقا كبيرا كاد يقتصر على مسائل الاحوال الشخصية أو حتى على بعضها الوثيق الصلة بالشخص كمسائل الزواج والطلاق والنسب ·

أما بقية الدول العربية — وهى قليلة نادرة — فان ظروفها الخاصة لم تشعرها بجمود فقه الشريعة الاسلامية وتخلفه — أمام اقفال باب الاجتهاد — عن روح العصر ومطالبه . لذلك لم تستشعر هذه الدول حاجة ، لا الى الاقتباس عن قوانين الغرب الحديثة المتطورة، ولا الى القيام — استغناء عن هذا الاقتباس — بحركة أحياء شاملة لاحكام الشريعة الاسلامية . ومن هنا ما زالت هذه الشريعة — كما ثبتت عليه أحكامها منذ اقفال باب الاجتهاد — هى المصدر الرسمى الاول للقانون فيها .

المطلب الثالث
الفقه

يقصد بالفقه (La Doctrine) مجموع ما يستنبطه الفقهاء ويستخلصونه من أحكام قانونية · وقد تفاوتت نظرة الجماعات الى الفقه تفاوتا كبيرا · فقد عرفته فى القانون القديم بعض الجماعات والشرائع مصدرا رسميا للقواعد القانونية فيها · وانتهى به الامر فى القانون الحديث الى أن يصبح مجرد مصدر تفسيرى ، لا قوة الزامية لاحكامه وقواعده . فنعرض فى ايجاز لدور الفقه فى القانون القديم ، ثم لدوره فى القانون الحديث ·

١١٢ ـ الفقه مصدر رسمى فى القانون القديم

كان للفقه حظ عند بعض الجماعات القديمة كمصدر رسمى من مصادر الالزام بالقواعد القانونية · اذ أعطى بعض الفقهاء فى القانون الرومانى حق الفتوى الملزمة للقضاء ، ولكن فى خصوص القضية المعطاة بشأنها الفتوى وحدها . ثم انتهى الامر فى أوائل القرن الخامس الميلادى الى اعتبار آراء خمسة من كبار فقهاء الرومان آراء ملزمة يتعين على القضاء احترامها والاخذ بها فيما يطرح أمامه من منازعات(١) . وقد اعتمد « جوستنيان » على آراء هؤلاء الفقهاء فى وضع مجموعاته القانونية ·

وكذلك فقد عظمت منزلة الفقه فى الشريعة الاسلامية حتى طغى على القضاء ، فأصبح تقليدا محضا للفقه ، وخاصة بعد أن أقفل باب الاجتهاد (٢) وتقيد الرأى بالمذاهب الاربعة المشهورة عند السنة:المذهب الحنفى والمالكى والشافعى والحنبلى . بلانتهى الامر الىالتشيع لمذهب بعينه من هذهالمذاهب الاربعة ، والزام القضاء بالحكم وفقه . وما يزال أثر ذلك بارزا فى مصر،حيث يتقيد القضاء فيها الى اليوم — فى المسائل التى ما تزال محكومة أساسا بالشريعة الاسلامية — بالاخذ بأرجح الاقوال فى المذهب الحنفى .

١١٣ — الفقه مصدر تفسيرى فى القانون الحديث

غير أن الفقه قد فقد فى العصر الحديث قوته الملزمة ، فانعدم دوره كمصدر رسمى للقواعد القانونية،ولميعد لآراء فقيه من الفقهاء مهما علا شأنهولالآراء جمهرة الفقهاء قوة الزام قانونية يخضع لها القضاء أو يتقيد بها · وبذلك

---

(١) أصدر امبراطور الدولة الشرقية وامبراطور الدولة الغربية الرومانية قانونا مشتركا فى سنة ٤٢٦ ميلادية ، قضى بقصر التقيد بالفقه على آراء الفقهاء الخمسة المشهورين : «جايوس» و « بول » و « البيان » و « بابنيان » و « مودستان » ومن نقلوا عنهممن الفقلاءالقدامى ، بحيث اذا اختلفت الاراء اعتمد رأى الاغلبية ، واذا تساوت اعتمد الجانب الذى ينحاز اليه « بابنيان » (أنظر : عمر ممدوح مصطفى ، الفقه عند الرومان ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، السنة الثانية ، العدد الرابع ، ص ٦٠٠ و٦٠١ . — عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبوستيت ، المرجع السابق ، فقرة ١٠٣ ، ص ١١٢) .

(٢) أنظر فى دور الفقه فى الشريعة الاسلامية :
عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، خاصة فقرة ١٠٦ .

أصبح دور الفقه اليوم قاصرا على تفسير القانون بما يتاح له من التوفر على الدراسة العلمية لاحكامه وقواعد ه، مما ينير الطريق أمام القضاء فيما يواجهه من مهمة تطبيق القانون .

فغدا الفقه اذن فى القانون الحديث مجرد مصدر تفسيرى للقـواعد القانونية · وليس ينتقص ذلك من قدره ، فمهمته ماتزال عظيمة الاثر والخطر · اذ يوجه القضاء ، كما قلنا ، بتفسيره أحكام القانون · كما يوجه المشرع بتنبيهه الى الفاسد من هذه الاحكام ليرفعه والى الناقص منها ليكمله ، وانكان يستعين فى تبين هذا الفساد وذاك النقص بما يظهره العمل فيما يطرح أمام القضاء من منازعات ·

واذا كان الفقه لم يعد معتبرا بوجه عام مصدرا رسميا للقواعد القانونية فى القوانين والشرائع الحديثة ، فان هذا هو حاله كذلك اليوم فى القـــانون المصرى . فباستثناء بعض مسائل الاحوال الشخصية والوقف التى ما يزال القضاء مقيدا فيها الى اليوم فى مصر بالحكم وفق مذهب الحنفية (١) ، ليس للفقه من دور فى القانون المصرى الا الدور الذى رأينا الشرائع الحديثة تستقر على الاعتراف له به ، وهو الدور التفسيرى الذى يعين على تفهم أحكام القانون واستخلاص أصوله ومبادئه(٢) .

---

(١) لم يتغير الوضع فى هذا الشأن بالغاء المحاكم الشرعية فى مصر ، اذ أحال القانون الصادر بهذا الالغاء المحاكم العادية ــ التى أصبحت مختصة بالنظر فى المنازعات التى كانت داخلة قبلا فى اختصاص المحاكم الشرعية ــ الى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (م ١/٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥) ، وهى المادة التى توجب الحكم طبقـا لأرجح الاقوال من مذهب أبى حنيفة فيما عدا الاحوال التى وردت بشأنها قواعد خاصة .

(٢) ويقطع بذلك فى القانون المصرى أن المادة الاولى من التقنين المدنى الحالى ــ وهى تعدد المصادر الرسمية للقانون ــ لم تذكر الفقه من بينها . بل ان المشروع التمهيدى لهذا التقنين كان حريصا علىتأكيدالدور التفسيرى للفقه بنصه على أن يستلهم القاضى « الاحكام التى أقرها الفقه مصريا كان أو اجنبيا » ، وذلك على أساس اعتبار الفقه عنصرا من العناصر التى يســتأنس بها فى استخلاص قواعدالقانون وتقصى مفهومها دون أن يكون له قوة فى الالزام (مجموعة الاعمال التحضيرية للقــانون المدنى ، ج ١ ، ص ١٨٩) . ولكن تقرر حذف هـذا النص فى مجلسى البرلمان ، اذ الامر لا يعدو مجرد الاسترشاد ، وفى القواعد العامة ما يغنى عن حكمه (المرجع السابق ، ص ١٩٠ و ١٩٢) .

المطلب الرابع

القضـــــاء (١)

اذا كان اصطلاح « القضاء » (La Jurisprudence) ينصرف عادة الى مجموع المحاكم الموجودة فى دولة معينة ، الا أنه يقصد به فضلا عن ذلك مجموع الاحكام التى تصدرها هذه المحاكم ، أو بمعنى أدق مجموع المبادىء القانونية التى تستخلص من استقرار أحكام المحاكم على اتباعها والحكم بها .

وقد تفاوت حظ القضاء ـ كمصدر من المصادر الرسمية للقواعد القانونية ـ تفاوتا كبيرا بتفاوت الزمان وتفاوت الجماعات . فنعرض بايجاز لاختلاف النظر اليه فى هذا الشأن .

١١٤ ـ القضاء عند الرومان

عرف الرومان القضاء مصدرا من مصادر الالزام بالقواعد القانونية عن طريق ما كان يصدره كل « بريتور » (Préteur) عنـــد ولايته القضاء من منشور يضمنه القواعد القانونية التى يعتزم السير عليها والزام الناس بها،ثم عن طريق « المنشور الدائم » الذى تكون من خلاصة المنشـــورات القضائية واستمر قائما حتى عهد الامبراطورية (٢) .

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Gény, Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, t. II, Nos. 145—149. — Maury, Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit privé français au milieu du XXe siècle, Etudes offertes à G. Ripert, 1950, t. I, pp. 28-50. — Waline, Le pouvoir normatif de la jurisprudence, La technique et les principes du droit public, Etudes en l'honneur de G. Scelle, 1950, t. II, pp. 613-632.

(٢) أنظر فى ذلك :

Marty et Raynaud, t. I, No. 119, p. 201.

عبد الرازق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، فقرة ١٠٢ .

١١٥ — القضاء فى القانون الانجليزى (١)

وكذلك فما زال القانون الانجليزى الى اليوم يعرف للقضاء دوره كمصدر رسمى للقانون ، بل كمصدر من أهم مصادره · فالنظام القانونى الانجليزى يقوم فى جزء كبير منـــه على أساس « السابقـــة القضائية » (Precedent) اى علي أساس تقيد كل محكمة بأحكام المحاكم الاعلى منها درجة ، وتقيد المحاكم العليا بما سبق أن أصدرته هى نفسها من أحكام ، مما يجعل للحكم القضائى قوة الزام فى العمل فيما يطبق أو ينشىء من قاعدة قانونية ، فلاتجوز من بعد مخالفة هذه القاعدة القانونية أو الامتناع عن تطبيقها فى نزاع مماثل .

١١٦ — القضاء فى اغلب القوانين الحديثة

أما فى غـــير القانون الانجليزى وما ينهج نهجـــه من قوانـــين الـــدول الانجلوسكسونية أى فى أغلب القوانين الحديثة ومن بينها القانون الفرنسى والقانون المصرى ، فلا يعتبر القضاء مصدرا رسميا للقواعد القانونية ، بل هو مجرد مصدر تفسيرى لها كالفقه سواء بسواء ، مع فارق واحد بينهما يرجع الى اختلاف وظيفتهما . هو ان القضاء يستطيع تطبيق التفسير الذى يعطيه القانون تطبيقا عمليا فيما يحكم فيه من أقضية ، بينما يظل تفسير الفقه نظريا مبسوطا فى بطون الكتب والمؤلفات لا يجد طريقه الى التطبيق العملى الا أن يأخذ به القضاء طوعا واختيارا اعترافا بما قد يكون لهذا التفسير من حجة وقوة علمية ·

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Mohanna, Le rôle du juge dans le droit anglais et dans le droit de l'Islam comparés, thèse Paris, 1930.

(٢) أنظر فى ذلك :

Allen, Law in the making, pp. 225-298. — Goodhart, Le précédent en droit anglais et continental, Annuaire de l'Institut international de philosophie du droit, Le problème des sources du droit positif, 1934, pp. 37 ets.

عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، فقرات ١٠٨ — ١١١ و ١١٣ · — سليمان مرقس ، فقرة ١٧٤ ، ص ٢٧٤ ·

١١٧ — الجدل حول اعتبار القضاء مصدرا رسميا

ولعل هذا الفارق بين الفقه والقضاء ، وتوصل القضاء الى اعطاء تفسيره للقانون قوة فى نطاق العمل بتطبيقه هذا التفسير فعلا فى المنازعات المطروحة أمامه ، هو الذى يكمن وراء ما يراه بعض الفقهاء — وخاصة فى القانون الفرنسى — من اعتبار القضاء مصدرا من المصادر الرسمية للقواعد القانونية (١) .

فالقضاء فى نظرهم، اذا كان لا يعتبر مصدرا رسميا للقواعد القانونية حين يقتصر على التفسير بمعناه الضيق، أى حين يطبق قاعدة قانونية واضحة لا تحتاج الى تأويل، أو حين يعمد الى قاعدة قانونية غامضة فيزيل مابها من غموض ، الا أنه يعتبر على العكس من ذلك مصدرا للالزام بالقواعد القانونية حين يضطر الى التفسير بمعناه الواسع ، أى حين يضطر أمام عدم وجود قواعد قانونية وضعية الى الحكم فيما يطرح أمامه من منازعات لكيلا ينكل عن القضاء فيرتكب جريمة انكار العدل ، اذ هو بذلك انما يخلق قاعدة جديدة يعطيها قوة الالزام فى العمل ، فيعتبر اذن ضمن المصادر الرسمية للقانون (٢) .

ويعين على القول — عند هؤلاء الفقهاء — باعتبار القضاء مصدرا رسميا للقواعد القانونية وجود محكمة عليا هى محكمة النقض رقيبة على أحكام

---

(١) فى هذا المعنى :

De la Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 293. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, Nos. 119, 120 — Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 105-108. Maury, article précité. — Roubier, op. cit., p. 7. — Waline, article précité.

محمد على عرفه ، المرجع السابق ، ص ١٥٢ و ١٥٣ — عدنان القوتلى ، الوجيز فى الحقوق المدنية ، ج ١ ، ط ٤ ، ١٩٦٠ ، ص ٢٦٦ — ٢٦٨ .

وقارب فيما يراه بعض الفقهاء المصريين من اعتبار القضاء مصدرا شبيها بالرسمى للقانون المصرى : عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرة ١٤٠ ، وخاصة ص ١٨٨ .

(٢) يبرر بعض الفقهاء اعتبار القضاء مصدرا رسميا للقواعد القانونية على أساس رضاء المشرع الضمنى بسكوته على ما يبتدع القضاء من مبادىء واحكام Waline, article précité, (pp. 627 et s.) . أو على أساس بقبل ذوى الشأن من الجمهور له ممثلين فى القضاة والفقهاء ورجال القانون (Maury ,article précité, pp. 43 et s.).

انظر فى انتقاد هذه التبريرات :

Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 159, pp. 382, 383.

المحاكم ، ممايمكن من توحيد القواعد القانونية التى يخلقها القضاء ويبتدعها عند عدم وجود قواعد وضعية تطبق على المنازعات المطروحة أمامه · بحيث يمكن ان يستخلص من أحكام القضاء المتعددة المتباينة بتباين ما حكمت فيه من أقضية ، وبفضل رقابة محكمة النقض وارشادها وتحكيمها بين الحلول والاحكام المتعارضة تحكيما تنزل المحاكم على احترامه . بحيث يمكن ان يستخلص من ذلك اتجاه عام موحد للقضاء ، وقواعد ثابتة يستقر عليهاويلتزم بها فيما أمامه فى المستقبل من أقضية متماثلة (١) فترتفع هذه القواعد بذلك عن مجرد القواعد الموضوعة لنزاع بعينه الى مرتبة القواعد العامة المجردة التى تتسع فى الحال وفى الاستقبال لطائفة غير متناهية من الافراد والروابط المتماثلة فى صفاتها وشروطها ، مما يعطيها صفة القواعد القانونية بالمعنى الصحيح .

١١٨ — القضاء مصدر تفسيرى حيث لا يوجد نظام السوابق القضائية

ولكن الواقع أنه لا يمكن التسليم باعتبار القضاء مصدرا رسميا للقواعد القانونية فى نظام قانونى لا يعترف بوجود سوابق قضائية ملزمة (٢) . ذلك أن وظيفة القضاء تنحصر فى مجرد تطبيق القواعد القانونية مما يفترض وجود هذه القواعد سلفا ، وتمام خلقها وتكوينها من قبل عن طريق سلطات أخرى غير سلطات القضاء .

فضلا عن أنه لكى يعتبر القضاء مصدرا رسميا للقانون — حتى فى الحدود التى يقول بها بعض الفقهاء ، أى عند عدم وجود قاعدة من القواعد القانونية

---

(١) انظر فى هذا المعنى بصفة خاصة :
De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., Nos. 294 - 296.

(٢) فى هذا المعنى :
Bonnecase, Introduction à l'étude du droit, Nos. 113 - 118. — Gény, op. cit., t. II, Nos. 146 - 148. — Ripert, Les forces créatrices du droit; No. 4, pp. 159 - 161.

عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، فقرات ١١٥ و ١٢٠ · — سليمان مرقس ، فقرة ١٧٥ — محمد على أمام ، فقرات ١٤٢ — ١٤٤ · — محمود جمال الدين زكى ، فقرات ٧١ — ٧٣ ·

الوضعية يمكن تطبيقها ـ ينبغي أن تتوافر للحلول التي يخلقها القضـــاء ويبتدعها صفة القواعد القانونية . بمعنى انه يجب أن تتوافر لهذه الحلول التي تستقر عليها أحكام القضاء صفة العموم والتجريد من ناحية ، وصفة الالزام من ناحية اخرى . فهل تتوافر حقيقة هاتان الصفتان في قضاء لا يستوى على اساس من السوابق الملزمة ؟

الواقع ان صفة العموم والتجريد مفقودة في الحلول التي ينشئها مثل هـذا القضاء ، لانها محدودة بالخصومات التي صدرت فيها فلا تتعداها الى غيرها من الخصومات المستقبلة المتماثلة ، فهي اذن حلول خاصة لا ترتفع الى مرتبة القواعد العامة المجردة (١) .

ولا يطعن في ذلك القول بأن المقصود هو الاتجاه العام الذى يستخلص من استقرار أحكام القضاء على حل معين ، لانه حتى تكون لمثل هذا الاتجاه العام صفة القاعدة العامة المجردة ، ينبغي أن تكون اتجاها تلتزم المحاكم جميعا دون استثناء بالسير فيه والحكم بمضمونه كلما عرض نزاع متعلق بموضوعه . وهو ما لا يتحقق دائما ، لانه لا يوجد قانونا ما يلزم محكمة من المحاكم — في نظام لا يقوم على أساس من السوابق القضائية الملزمة ـ باتباع اتجاه عام معين للقضاء ابتدعه وتواتر على السير فيه .

ومجرد قيام حق المحاكم قانونا في مخالفة هذا الاتجاه العـــام — ولو لم تخالفه فعلا — يمنع من توافر صفة العموم والتجريد له ، اذ لا يتوجه حينئذ هذا الاتجاه العام الى طائفة غير متناهية من الاشخاص والروابط المتماثلة بصفاتها وشروطها كما هو الشأن في كل قاعدة قانونية ، وانما يتوجه فحسب الى من ترغب كل محكمة رغبة اختيارية في اخضاعه من هذه الطائفة لحكم هذا

---

(١) بل أن بعض المشرعين في القانون الحديث يحرص على النص على نفي كل شك في هذا الصدد ، منعا للخلط بين الاحكام القضائية والقواعد القانونية ، وتأكيدا لانحصار السلطة القضائية في اختصاصهـا الاصيل وهو تطبيق القانون دون جور على اختصـــار السـلطة التشريعية في انشاء القانون والالزام بقواعد قانونية . ومن هؤلاء المشرع اللبناني ، الذى نص على أنه « لا يجوز (للمحاكم) أن تصوغ أحكامها في صيغة الانظمة» (م ٢ من قانون أصـــول المحاكمات المدنية) .

الاتجاه . فتتحدد هذه الطائفة اذن برغبة المحاكم ، لا بصفات من يدخل فيها من أشخاص ، أو شروط ما ينطوى تحتها من روابط .

وهذا يكشف عن فقدان الصفة الثانية اللازم توافرها للحلول القضائية المبتدعة حتى تعد من قبيل القواعد القانونية الوضعية ، وهى صفة الالزام. ففى نظام قانونى ، كالنظام الفرنسى أو المصرى ، لا يقوم على السابقة القضائية الملزمة المعترف بها فى القانون الانجليزى والقوانين الاخرى التى تنحو نحوه ، يكون من العبث اذن وصف حلول القضاء أو اتجاهاته العامة المبتدعة بصفة القواعد القانونية الوضعية .

والقول بعكس ذلك استنادا الى أن وجود محكمة النقض كفيل بحمل بقية المحاكم على احترام ما تبتدعه أو تقره من حلول ، انما هو قول يخلط فى الحقيقة بين قوة الالزام الادبى وقوة الالزام القانونى لاحكام محكمة النقض . فقضاء محكمة النقض سواء فى فرنسا أو مصر لا يتمتع بقوة الزام قانونى لا بالنسبة اليها هى نفسها ، ولا بالنسبة لما دونها من محاكم : فلا تثريب على محكمة النقض ان رجعت عن قضاء سبق ان استقرت عليه ، ولا جناح على المحاكم الدنيا ان خالفت عن قضاء ثبتت عليه محكمة النقض .

ولئن كان الحاصل فى العمل هو احترام المحاكم الدنيا عادة لما استقر عليه قضاء محكمة النقض ، فليس ذلك الا احتراما مبعثه مجرد الزام أدبى أو فعلى لا قانونى ، يرجع الى ما تتمتع به محكمة النقض فى نفوس قضاة المحاكم الدنيا من توقير ومهابة ، والى ما لها من سلطة نقض أحكام هذه المحاكم اذا لم تطبق القانون الصحيح .

---

(١) ومع ذلك ، فينص المشرع المصرى على حالة يكون لقضاء محكمة النقض فيها قوة الزام قانونى ، وهى الحالة التى تنقض فيها محكمة النقض — لغير سبب مخالفة قواعد الاختصاص — حكما من الاحكام لخطأ فى تطبيق القانون ، وتحيل القضية الى دائرة أخرى فى نفس المحكمة التى أصدرت الحكم المنقوض لتحكم فيها من جديد ، فحينئذ تلتزم هذه الدائرة باتباع حكم محكمة النقض فى المسألة القانونية التى فصل فيها (م ٢/٢٦٩ من قانون المرافعات الجديد) . ولكن يجب أن يراعى أنه حتى فى هذه الحالة ، فان القضاء الملزم لمحكمة النقض — فيما يبتدع من حلول جديدة — لا يكون قاعدة قانونية بالمعنى الصحيح ، لانه قضاء خاص بنزاع معين لا يعدوه الى غيره من المنازعات والخصومات المتماثلة الحاضرة أو المستقبلة ، فلا تتوافر له اذن صفة العموم ولا صفة التجريد.

فالثابت اذن أنه فى ظل نظام قانونى لا يقوم على أســـــاس من السوابق القضائية الملزمة ، لا يتمتع قضاء محكمة النقض بقوة الزام قانونى (١) تسبغ على الحلول التى يبتدعها ـ فى مجال انعدام القواعد القانونية الوضعية ـ صفة هذه القواعد . ولا يكفى ما يتمتع به هذا القضاء من قوة الزام أدبى أو فعلى لاسباغ هذه الصفة عليها ، اذ يبقى قانونا للمحاكم الدنيا حق المخالفة عنها ولو على حساب تعريض أحكامها للنقض .

١١٩ ـ القضاء مصدر تفسيرى فى القانون المصرى

يخلص من كل ذلك أن القول باعتبار القضاء مصدرا للقواعد القانونية قول غير صحيح فى دول كمصر وفرنسا ، لا وجود فيها للسابقة القضائية المعترف بقوتها الملزمة فى الدول الانجلو سكسونية . ولذلك لا يعتبر القضاء فيها الا مجرد مصدر تفسيرى فحسب .

وهذا واضح فى القانون المصرى ، حيث تغفل المادة الاولى من التقنين المدنى « القضاء » وهى بسبيل تعديد المصادر الرسمية للقانون . ويزيد فى تأكيد ذلك حذف النص ، الذى كان يتضمنه المشروع التمهيدى لهذا التقنين ، على أن يستلهم الاحكام التى أقرها القضاء . . . مصريا كان أو أجنبيا » . فرغم ما هو ظاهر من أن هذا النص كان لا يعنى الا الرجوع الى أحكام القضاء على سبيل استئناس لا الالزام ، الا أنه رؤى ان من الاوضح حذفه حتى لا ينصرف الذهن الى الالتزام بهذه الاحكام واعتبار القضاء بالتالى مصدرا رسميا للقانون المصرى . وليس فى حذف مثل هذا النص على أى حال ما يضير ، ففى القواعد العامة ما يغنى عن حكمه (١) فى اعتبار القضاء مصدرا تفسيريا يستأنس به .

واذا كان القضاء مجرد مصدر تفسيرى على هذا النحو ، فلا ينفى ذلك أن دوره يبقى فعالا وكبيرا فى الحياة القانونية ، اذ هو الميدان الذى تعرض فيه

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ١٩٢ .

صور عملية شتى لتطبيق القواعد القانونية المجردة ، وهو الاداة التى تعين على جعل القانون دائما متمشيا مع ما يستجد فى الحياة الاجتماعية من مطالب وحاجات .

لذلك تبدو الاهمية البالغة للوقوف على أحكام القضاء ، بحيث تبدو الحاجة ملحة الى وجوب نشر هذه الاحكام فى مجموعات دورية لتيسير الاطلاع عليها .

وفى القانون المصرى ، توجد مجموعات قضائية عديدة رسمية وخاصة على السواء ، نعرض لاهمها فيما يلى :

١ — « المجموعة الرسمية للمحاكم الاهلية » التى كانت تصدرها وزارة العدل منذ سنة ١٩٠٠ . وقد أصبحت هذه المجموعة منذ سنة ١٩٦٣ تصدر عن المكتب الفنى بمحكمة النقض ، وتغير عنوانها الى « المجموعة الرسمية للاحكام والبحوث القانونية » .

٢ — « مجموعة القواعد القانونية التى أقرتها محكمة النقض » والمعروفة باسم مجموعة عمر ، وتتضمن فى خمسة أجزاء أحكام الدائرة المدنية وفى سبعة أجزاء أحكام الدائرة الجنائية التى أصدرتها المحكمة منذ انشائها الى نهاية العام القضائى ١٩٤٨ — ١٩٤٩ .

٣ — « مجموعة أحكام النقض » التى يتولى المكتب الفنى بمحكمة النقض (١) منذ سنة ١٩٥٠ نشرها فى مجموعتين مستقلتين ، احداهما لاحكام الدائرة الجنائية ، والاخرى لاحكام الدائرة المدنية ودائرة الاحوال الشخصية والجمعية العمومية والهيئة العامة .

٤ — « مجلة المحاماة » التى تصدرها نقابة المحامين الوطنية منذ سنة ١٩٢٠ .

---

(١) وقد تام المكتب الفنى كذلك بنشر مجموعتين اجديتين للقواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض فى ربع القرن الاول من حياتها أى من سنة ١٩٣١ الى سنة ١٩٥٥ ، الاولى للاحكام المدنية وتقع فى جزئين ، والثانية للاحكام الجنائية وتقع فى ثلاثة أجزاء .

٥ ـ مجلة « التشريع والقضاء » التى كانت تصدر عن دار النشرللجامعات المصرية منذ سنة ١٩٤٨ ، والتى توقفت عن الصدور فى السنوات الاخيرة .

وتنبغى الاشارة الى انه صدرت أثناء قيام المحاكم المختلطة فى مصر ثلاث مجموعات لنشر أحكامها هي : « المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة » و « نشرة التشريع والقضاء المختلط » Bulletin de législation et de jurisprudence mixtes التى كانت تصدر عن نقابة المحامين امام المحاكم المختلطة مقتصرة على نشر احكام محكمة الاستئناف المختلطة و « جازيت المحاكم المختلطة » Gazette des tribunaux mixtes.

المبحث الثانى

المصادر الرسمية للقانون المصرى

١٢٠ ـ تمهيد وتقسيم

استعرضنا بوجه عام ـ حتى الان ـ المصادر الرسمية المختلفة للقواعد القانونية فى مختلف الجماعات . ويعنينا فيما يلى أن نقف على المصادر الرسمية للقانون المصرى بوجه خاص .

ولقد انتهينا فيماسبق الىاستبعادالفقه والقضاء من عدادالمصادرالرسمية للقواعد القانونية فى هذا القانون . فلا يبقى منه اذن ـ مما تعرفه الجماعات عموما من مصادر رسمية ـ الا التشريع والعرف والدين . وقد تفاوت حظ هذه المصادر الثلاثة فى اعتماد القانون المصرى عليها تفاوتا كبيرا . فقد كانت الشريعة الاسلامية هى السائدة فى مصر منذ الفتح الاسلامى باعتبارها الشريعة العامة فكانت اهم مصادر الالزام بالقواعد القانونية عموما ، الا بالنسبة لمسائل الاحوال الشخصية الخاصة بغير المسلمين ، اذ كان المرجع فيها الى ديانات الخصوم وملهم المختلفة . وكان حظ العرف والتشريع ضئيلا متواضعا الى جنب الشريعة الاسلامية .

ثم كان أن بدأت حركة التشريع والتقنين الحديثة فى مصر منذ أوائل الربع الاخير من القرن الماضى ، فقفز بذلك التشريع الى مكان الصدارة بين المصادر الرسمية للقانون فيها ، وانكمش نطاق الشريعة الاسلامية انكماشا كبيرا ، حتى كادت تساوى الشرائع والملل الدينية الاخرى من حيث انحصارها فى مجرد الالزام بقواعد الاحوال الشخصية · بل أن هذا النطاق ذاته ظل يضيق ويتراجع أمام امتداد التشريع الى تناول بعض مسائل الاحوال الشخصية ، مما أصبح معه الدين ــ على اختلاف أنواعه باختلاف عقائد الخصوم ــ مجرد مصدر رسمى للبعض من مسائل الاحوال الشخصية التى ظلت بمنأى عن تدخل التشريع · وبقى للعرف دوره كمصدر رسمى للقانون المصرى الى جنب التشريع والدين ·

وعند اعداد التقنين المدنى الحالى ــ الذى وضع موضع التنفيذ منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ وهو أجل انتهاء المحاكم المختلطة وتوحيد القانون والقضاء بالنسبة للمصريين والاجانب على السواء ــ رؤى أن يفرد للشريعة الاسلامية بين مصادر القانون المصرى الرسمية ــ فضلا عن مركزها كمصدر رسمى أصلى فى بعض مسائل الاحوال الشخصية بالنسبة الى المسلمين ــ مركز خاص فى غير مسائل الاحوال الشخصية ، بحيث يرجع اليها ــ عند قصور قواعد التشريع والعرف ــ بالنسبة الىالجميع مسلمين وغير مسلمين .فنصت الفقرة الثانية من المادة الاولى من التقنين المدنى الحالى على أنه اذا « لميوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ، فاذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية ··· » · وبذلك أصبحت الشريعة الاسلامية ــ فى غير مسائل الاحوال الشخصية ــ مصدرا رسميا احتياطيا للقانون المصرى تأتى مرتبتها بعد العرف ·

ويراعى أن هذا النص ، بعد أن أوجب الحكم بمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية عند عدم وجود تشريع أو عرف ، مضى فأوجب الحكم ــ عند عدم وجود مبادىء للشريعةالاسلامية ــ بمقتضى «مبادىء القانون الطبيعىوقواعد

العدالة » • وعندنا ان الاحالة على مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة لا تخلق من هذه المبادىء وتلك القواعد مصدرا رسميا بالمعنى الاصلاحى الدقيق فهذه الاحالة لا تعدو أن تكون رجوعا بالقاضى الى جوهر القانون ، أى الى المصادر المادية او الموضوعية للقاعدة القانونية يستلهم منها الحل ، وهو ما نعرض له فى موضعه الطبيعى عند الكلام فى تفسير القاعدة القانونية •

وعلى هذا النحو نستطيع ان نقول ان المصادر الرسمية للقانون المصرى هى : أولا ، فى غير مسائل الاحوال الشخصية : التشريع ، ثم العرف ، ثم الشريعة الاسلامية . وثانيا ، فى مسائل الاحوال الشخصية : الدين أى الديانات المختلفة فى مصر باختلاف عقائد المصريين •

غير ان هذه المصادر الرسمية ليست جميعا فى مرتبة واحدة : فبعضها مصادر أصلية تطبق قواعدها ابتداء ومباشرة قبل الرجوع الى أى مصدر رسمى آخر ، كالتشريع من ناحية ، والدين فى حدود اختصاصه أى فى بعض مسائل الاحوال الشخصية من ناحية أخرى • وبعضها مجرد مصادر احتياطية لا تطبق الا عند عدم وجود نص فى التشريع ، وهى العرف ، ثم الشريعة الاسلامية •

وعلى هذا النحو ، نعرض للمصادر الرسمية للقانون المصرى فى مطلبين :

المطلب الاول ـ فى المصادر الاصلية •

المطلب الثانى ـ فى المصادر الاحتياطية •

المطلب الاول
المصادر الاصلية

١٢١ ـ ازدواج المصدر الاصلى للقانون المصرى

قلنا أن المصادر الرسمية الاصلية يقصد بها الدلالة على تلك المصادر التى تطبق قواعدها مباشرة وابتداء ، فيرجع اليها ـ عند التطبيق ـ قبل الرجوع الى أى مصدر رسمى آخر •

والمصادر الرسمية الاصلية فى القانون المصرى مصدران : مصدر اصلى عام هو التشريع ، ومصدر أصلى خاص هو الدين . والمقصود من اعتبار التشريع مصدرا أصليا عاما ، الدلالة على ما له من اختصاص عام فى الالزام ابتداء بالقواعد القانونية ، فاختصاصه اذن لا يقتصر على مسائل معينة ، وانما يمتد ويعم كل المسائل التى يتعرض لها القانون ، بحيث تكون قواعده هى المرجع الاول فى كل المسائل عموما الا ما يستثنى منها استثناء بحتا بالاحالة فى شأنها ابتداء الى مصدر رسمى آخر . أما اعتبار الدين مصدرا أصليا خاصا ، فالمقصود منه الدلالة على أن الاديان المختلفة السائدة فى مصر — باختلاف عقائد المصريين ومللهم — هى المرجع الاول فى حدود مسائل معينة محددة لا تعدوها ، هى بعض مسائل الاحوال الشخصية أساسا .

وقد دعا الى هذا الازدواج فى المصدر الاصلى فى القانون المصرى ، ما ثبت فى مصر من تقاليد منذ الفتح الاسلامى من اعتبار مسائل الاحوال الشخصية وثيقة الصلة بالدين ، وترك غير المسلمين وما يدينون بشأنها بحيث يخضع كل منهم — فى مسائل الاحوال الشخصية — لاحكام دينه وملته ، ويطرح المنازعات المتعلقة بها أمام مجلس قضائه الدينى أو الملى . فكان من العسير — ومثل هذه التقاليد ما زالت راسخة النفوس — توحيد القواعد القانونية فى كل مسائل الاحوال الشخصية عن طريق التشريع .

وظاهرة ازدواج المصدر الاصلى للقانون المصرى (١) ، هى التى تحدد لنا نهج البحث فى شأنه . ولذلك نتكلم أولا فى التشريع بوصفه المصدر الاصلى العام ، ثم فى الدين بوصفه المصدر الاصلى الخاص .

---

(١) سنرى من بعد ان هذا الازدواج معيب ، اذ يقضى على ما يجب أن يقوم بين الوطنيين جميعا من وحدة فى القانون ووحدة فى الهيئة القضائية . لكننا سنرى أن المشرع المصرى قد ابتدأ اخيرالسير فى طريق هذه الوحدة بتوحيد الاختصاص القضائى فى مسائل الاحوال الشخصية بالنسبة الى الجميع دون تفريق بين الاديان ، وبتوحيد القواعد القانونية كذلك بالنسبة الى الجميع فى شأن بعض مسائل الاحوال الشخصية المحدودة ، مما يبشر بقرب استكمال تلك الوحدة بعد قرون طويلة من تعدد قواعد القانون وتفرق جهات القضاء بين المصريين بتعدد دياناتهم وتفرق مللهم .

اولا — التشريع
المصدر الاصلى العام

١٢٢ ـ تمهيد وتقسيم

سبق أن أشرنا الى أن العرف كان أسبق المصادر الرسمية الى الوجود ، فكان حظ التشريع الى جنبه ضئيلا فى الجماعات القديمة ٠ غير أن الوضع قد انقلب فى العصر الحديث فأصبح التشريع ـ فى أغلب الجماعات اليوم ـ فى المرتبة الاولى بين مصادر القانون الرسمية ٠ومرد ذلك الى تعدد ضروب النشاط فى الجماعات الحديثة وتضخم حاجاتها وتعقدها وتعارض المصالح فيها وتشابكها ، مما يحتاج الامر معه ـ نظرا الى وفرة القواعد القانونية الواجب فرضها — الى سرعة سنها من ناحية ، والى حسن صياغتها صياغة فنية دقيقة من ناحية أخرى ، وهو مالا يتوافر الا للتشريع الذى تقوم على شئونه هيئة أو هيئات معينة متخصصة فى سن القواعد القانونية وصياغتها ، بما يتوافر لها من خبرة بأدوات القانون ووسائله وبصر بأهدافه وغاياته ، فضلا عن أن رواج المذاهب الاجتماعية والاشتراكية فى العصر الحديث وهى التى تقوم على أساس من تدخل الدولة تدخلا مباشرا فى كل مظاهر النشاطفى الحياة الاجتماعية قد مكن للتشريع فى الاهمية ، فهـــو أداة الدولة ووسيلتهـــا الى التدخل المنشود .

وقد احتل التشريع فى القانون المصرى المرتبة الاولى بين مصادره منذ صدور التقنينات المصرية المختلفة — المختلطة منها والاهلية — فى أوائل الربع الاخير من القرن الماضى ، بحيث أصبح هو المصدر الرسمى الاصلى العام له ، اى صارت كل المسائل عامة ـ الا ما استثنى ـ خاضعة أصلا وابتداء لنصوصه ٠

§ ١ — خصائص التشريع

١٢٣ — تمهيـــــد

التشريع هو قيام سلطة عامة مختصة فى الدولة بالتعبير عن القاعدة

القانونية والتكليف بها فى صورة مكتوبة ، أو هو قيام هذه السلطة بصياغة القاعدة القانونية صياغة فنية مكتوبة واعطائها قوة الالزام فى العمل • ويطلق اصطلاح التشريع كذلك على ذات القاعدة التى تصدر عن هذا المصدر ، وعلى هذا النحو يقصد بالتشريع كل قاعدة قانونية تصدر فى وثيقة رسمية مكتوبة عن سلطة عامة مختصة فى الدولة •

ومن هنا يتميز التشريع بأنه يضع أولا قاعدة قانونية ، وبأنه يصدر ثانيا فى صورة مكتوبة ، وبأنه يصدر ثالثا عن سلطة عامة مختصة • فنتكلم فى كل هذه الخصائص على التوالى .

١٢٤ ـ التشريع يضع قاعدة قانونية

يقصد بذلك أن يضع التشريع قاعدة ملزمة للسلوك عامة مجردة • ولذلك لا يعتبر تشريعا أو قاعدة تشريعية الامر الذى يصدر عن سلطة عامة مختصة فى الدولة خاصا بشخص معين بذاته أو متعلقا برابطة أو واقعة معينة بذاتها . لان مثل هذا الامر ـ وان صدر عن سلطة عامة مختصة باصداره ـ لا يضع قاعدة عامة مجردة للسلوك ، اذ لا يتوجه الى طائفة غير محدودة من الافراد يتعين من يدخل فيها بصفته لا بذاته ، ولا الى طائفة غير متناهية من الروابط أو الوقائع يتحدد فيها الدخول بشروط معينة • فالتشريع اذن ـ وهو تعبير عن القاعدة القانونية والزام بها ـ ينبغى أن تتوافر له كل صفات القاعدة القانونية التى سبق بيانها .

ومن هنا ، تفهم التفرقة التى يذهب اليها بعض الفقهاء بين التشريع بالمعنى الشكلى وبين التشريع بالمعنى الموضوعى أو المادى (١) • فالحكم الذى يصدر فى صورة مكتوبة عن السلطة التشريعية يعتبر تشريعا من الناحية الشكلية ولو لم تتوافر فيه خصائص القاعدة القانونية ، بينما لا يصدق وصف التشريع من

---

(١) انظر :
Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 198. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 78. — Del Vecchio, op. cit., pp. 307, 308.

الناحية الموضوعية على الاحكام التى تتخلف فيهاخصائص القاعدة القانونية رغم صدورها عن السلطة التشريعية . ووواضح أن اعتبار التشريع مصدرا رسميا للقاعدة القانونية لا يمكن أن يؤخذ بهذا الوصف الا بمعنييه الشكلى والموضوعى معا . وعلى ذلك ، فاذا كانت كثير من الدساتير — كالدساتير المصرية المتعاقبة — تقضى بأنه لا يجوز عقد قرض عمومى الا بموجب قانون ، ولا منح احتكار الا بقانون والى زمن محدود ، فان القانون أو التشريع الصادر بعقد القرض أو بمنح الاحتكار لا يعتبر قانونا بالمعنى الموضوعى لتخلف صفة العموم والتجريد فيه وهى من خصائص القاعدة القانونية الرئيسية ، وان كان يعتبر قانونا بالمعنى الشكلى لصدوره عن السلطة التشريعية العادية (١) . وكذلك فاذا كانت ميزانية الدولة تصدر فى صورة قانون أو تشريع ، فان هذا الوصف صحيح من الناحية الشكلية وحدها دون الناحية الموضوعية (٢) .

١٢٥ ــ التشريع يصدر فى صورة مكتوبة

يقصد بذلك أن يخرج التشريع الى الوجود فى صورة وثيقة مكتوبة تحدد معناه وتنص على الزامه . فيتاح بذلك للقاعدة القانونية التى يتضمنها ــ عن طريق الالفاظ التى تفرغ فيها أفراغا كتابيا — التحديد والثبات اللذان يدفعان عنها الغموض والابهام . وان يكن تقييد معنى القاعدة القانونية بلفظ معين مكتوب ، قد يدفع القاعدة نفسها الى نوع من الجمود يقف بها عن مسايرة التطور فى الجماعة والاستجابة لما يجد من حاجاتها(٣) .

وأيا ما كان الامر ، فتميز التشريع بثبوته عن طريق الكتابة(٤)، يفرق — من هذه الناحية ـ بينه وبين العرف الذى لا يفرغ فى لفظ مكتوب أو وثيقة

---

(١) فى هذا المعنى :
Marty et Raynaud, ibid.

(٢) قارن مع ذلك :
Del Vecchio, op. cit., p. 308.

(٣) وهنا تبدو أهمية الصياغة المرنة ودورها الكبير فى تلافى مثل هذا الجمود كما سبق القول.

(٤) الفرض أن تكون الوثيقة المكتوبة للتشريع وثيقة رسمية صادرة عن السلطة المختصة ؛ لذلك كان اختلاف العرف عن التشريع من هذا الوجه . وهو اختلاف يظل قائما حتى ولو قام بعض الفقهاء بتجميع قواعد العرف فى كتاب ، اذ تكون الكتابة هنا عملا فرديا مستقلا عن قواعد العرف نفسها التى نشأت وتكونت فى الجماعة فى صورة عملية غير مكتوبة .

مسطورة ، بل يظل معنى يستخلص من تواتر العمل فى الجماعة بسنة معينة مع الاعتقاد فى الزام هذه السنة ٠

ولعل وضع التشريع ـ دون العرف ـ فى صيغة مكتوبة ، يجعل للاول حظا أوفر من الدقة والتحديد والوضوح بما يحقق الاستقرار والامن فى المعاملات، وان كان يجعل للثانى حظا أوفر من المرونة والقدرة على التكيف وفقا لحاجات الجماعة وتطورها ٠

١٢٦ ـ التشريع يصدر عن سلطة عامة مختصة

ليست القاعدة التشريعية بالقاعدة القانونية التى تتكون آليا دون تدخل ارادة عاقلة بصيرة واعية ، بل هى قاعدة تتولى وضعها والالزام بها سلطة عامة مختصة فى الجماعة أو الدولة بما لها من حق السيادة فيها ٠ وبذلك يبدو ـ فى التشريع ـ دور الارادة واضحا جليا فى تكوين القاعدة القانونية من حيث الشكل ٠

وتولى سلطة عامة مختصة فى الدولة وضع القواعد القانونية والالزام بها ، صار فى العصر الحديث ـ بعد أن تضخمت الجماعات عما كانت عليه فى القديم وتعقدت حاجاتها ومطالبها ـ أمرا ضروريا يقتضيه ما تحتاجه هذه الجماعات من سرعة فى الانتاج القانونى ، وصياغة فنية دقيقة له تيسره للتطبيق العملى فى تحديد ووضوح يحققان الاستقرار والامن فى المعاملات ٠ فلم يعد فى الامكان ـ كما كانت تفعل الجماعات القديمة ـ الركون الى العرف والاعتماد عليه بصفة أساسية ، وهو المعروف ببطء انتاجه ، نظرا لما يحتاجه من وقت طويل حتى يتكرر العمل به ويقدم ، وحتى تثبت لدى الافراد العقيدة فى الزامه ٠

ورغم ما يمتاز به التشريع من سرعة فى الانتاج ، فان هذه السرعة ـ ان لم تصاحبها العناية الواجبة ـ قد تنجم عنها مضار جمة . فقد يغلب المشرع عامل السرعة على عامل الدقة فى الصياغة ، مما لا يؤمن معه خروج التشريع معيبا أو قاصرا أو متعارضا مع غيره من التشريعات ٠ وهو ما يضطر المشرع الى

الاسراع فى تعديله ، ثم موالاة هذا التعديل السريع بتعديل آخر وهكذا ٠٠ حتى تكثر التشريعات فى نفس الموضوع كثرة كبيرة تخل بالاستقرار والثبات الواجب للمعاملات ، وتثير مشاكل دقيقة من التنازع الزمانى من هـــذه التشريعات المتلاحقة .

وفضلا عن ذلك فان انتشار المذهب الاجتماعى أو الاشتراكى اليوم هو الذى ركز ـــ بما يستتبع من تدخل الدولة فى كل شئون الحياة والنشاط فى الجماعة تدخلا متزايدا ـ حق وضع القواعد القانونية والالزام بها بين يدى الدولة بسلطاتها التشريعية المختصة تحقيقا للصالح والعدل العام .

§ ٢ ـ سن التشريع

١٢٧ ـــ تمهيـــــد

تحديد السلطة العامة المختصة بسن التشريع فى الدولة أمر يتفاوت تفاوتا كبيرا باختلاف الدول والدساتير . فهى حينا فى يد ملك أو حـــاكم مطلق . وهى غالبا ـ فى الدول الحديثة اليوم والديمقراطية منها على الاخص ـ فى يد مجلس أو مجلسين منتخبين من الشعب ، قد يشاركهما رئيس الدولة بمايكون له من حق التصديق أو الاعتراض ، وقد تعطى السلطة التنفيذية ـ الى جوار المجالس النيابية ـ حق التشريع فى مسائل معينة ٠

والواقع أن تحديد منله حق التشريع من سلطاتالدولة أمر يخضعلظاهرة تحكم التشريع هى ظاهرة تدرجه، اذ يقابل هذا التدرج فى التشريع تدرج فى السلطات التى تملك سنه،فالتشريع درجات ثلاث بعضها فوق بعض ، أعلاها هو التشريع الاساسى أو الدستور ، وأوسطها التشريع العادى أو ما يسميه بعض الفقهاء بالتشريع الرئيسى ، وأدناها هو التشريع الفرعى ٠ فنأخذ الان فى بيان كل درجة من هذه الدرجات الثلاث ، حتى نقف على السلطة المختصةبسن كلمنها ٠

١٢٨ ـ التشريع الاساسى

يقصد بالتشريع الاساسى التشريع الذى يضع أساس بناء الدولة أى يضع نظام الدولة ودستور الحكم فيها ، فيحدد شكل الحكم فى الدولة ، وتعدد

السلطة العامة فيها ، وتوزع الاختصاصات بينها ، وعلاقاتها بالافراد .

والتشريع الاساسى اما أن يصدر كمنحة من الملك أو صاحب السلطان فى الدولة ، واما أن يصدر فى صورة عقد بين صاحب السلطان والشعب ، واما أن تسنه جمعية تأسيسية منتخبة عن الشعب ، واما أن يسنه الشعب مباشرة عن طريق الاستفتاء . وواضح أن الصورتين الاخيرتين التى يسن عن طريقهما التشريع الاساسى تستيجبان للمبدأ الديمقراطى ولاعتبار الامة أو الشعب مصدر السلطات ، على خلاف الصورتين الاوليين (١) .

ورغم أن سن الدستور عن طريق الاستفتاء الشعبى فيه استجابة لهذا المبدأ وذلك الاعتبار بوسيلة مباشرة ، فاننا نفضل عليه طريق سن الدستور بواسطة جمعية تأسيسية حيث ينفسح المجال لتمحيص أحكامه تفصيلا ، وهو ما يستحيل تحققه فى الاستفتاء حيث يجب اما قبول مشروع الدستور المعروض برمته أو رفضه بكامله ، وهو مالا يترك فرصة حقيقية للاختيار ، اذ قد يضطر الشعب الى تفضيل الموافقة على دستور لا يقر بعض أحكامه لتجنيب البلاد عواقب رفضه من تركها محكومة لفترة اخرى — حتى يوضع مشروع آخر يرتضيه — حكما استثنائيا دون دستور . ولا بأس على أى حال — بل قد يكون أفضل — سن الدستور بشكل يجمع بين طريق الاستفتاء وطريق الجمعية التأسيسية ، بأن تتولى جمعية منتخبة عن الشعب وضع مشروع دستور توافق عليه بعد مناقشة أحكامه مناقشة كاملة تفصيلية ، على أن يطرح من بعد للاستفتاء الشعبى(٢) .

---

(١) اختلفت طريقة سن الدساتير المصرية المتعاقبة : فالراجح فى الفقه الدستورى المصرى ان دستور سنة ١٩٢٣ كان منحة من الملك الى الشعب (انظر خاصة : وحيد رافت ووايت ابراهيم، القانون الدستورى، ١٩٣٧ ، ص ١٦ . — عثمان خليل ، النظام الدستورى المصرى ، ١٩٤٢، ص ٦٧ — محسن خليل ، النظام الدستورى فى مصر والجمهورية العربية المتحدة ، ١٩٥٩/١٩٦٠، ص ١١١ . وقارب : مصطفى ابو زيد فهمى ، النظام الدستورى للجمهورية العربية المتحدة ، ١٩٦٦ ، فقرات ٨٥ و ٣١٥) . أما دستور سنة ١٩٥٦ ، فقد أعدت مشروعه الحكومة وطرحته للاستفتاء فنال الموافقة الشعبية . أما الدستور الحالى لسنة ١٩٦٤ ، فهو دستور مؤقت صدر عن رئيس الجمهورية للعمل به الى حين اقرار دستور دائم .

(٢) وهذا هو الطريق المرسوم لسن الدستور الجديد للجمهورية العربية المتحدة فى المستقبل القريب ، اذ يكلف الدستور المؤقت الحالى لسنة ١٩٦٤ مجلس الامة بوضع مشروع الدستور الدائم وطرحه على الشعب فى الاستفتاء .

ويراعى أن التشريع الاساسى أو الدستور ، اما أن يكون دستورا مرنا يكفى لتعديل أحكامه أو الغائها صدور قانون أو تشريع عادى عن السلطةالتشريعية كما هو الشأن فى تعديل أو الغاء القوانين العادية ، واما أن يكون دستورا جامدا لا يتأتى تعديله أو الغاؤه عن هذا الطريق بل يجب لذلك اتباع اجراءات وشروط خاصة. وواضح أنالدساتير الجامدة — علىخلاف الدساتير المرنة — تعين على توفير مايجب للتشريع الاساسى فى الجماعة من استقرار كاف بمنع كثرة التغيير والتبديل فى أحكامه • والدساتير الدائمة المصرية المتعاقبة من الدساتير الجامدة ، اذ كانت تتطلب اجراءات طويلة وشروطا عسيرة لامكان تعديلها •

١٢٩ ـ التشريع العادى

يقصد بالتشريع العادى — وهو مايسميه بعض الفقهاء التشريع الرئيسى— التشريع الذى تسنه السلطة التشريعية فى الدولة فى حدود اختصاصها المبين فى الدستور • ويطلق على هذا النوع من التشريع فى العمل اسم « القانون » (la loi) . وغنى عن البيان ، أن اصطلاح « القانون » هنا بمعناه الخاص كوثيقة مدونة تصدر عن السلطة التشريعية ، يختلف عن اصطلاح « القانون» بمعناه العام (le droit) كمجموع قواعد السلوك الملزمة للافراد فى المجتمع ، وقد سبقت الاشارة الى ذلك من قبل(١) •

والاصل أن سن التشريع العادى تقوم به السلطة التشريعية ، وان كانت الدساتير تنص عادة على اشراك رئيس الدولة مع السلطة التشريعية فى هذه الوظيفة أو مراقبته اياها ، امذ عن طريق ما تعطيه له من حق اقتراح القوانين أو من حق التصديق أو الاعتراض(٢) على ما تسنه السلطة التشريعية منها •

---

(١) أنظر سابقا ، فقرة ١ •

(٢) أنظر مع ذلك فيما يذهب اليه بعض الفقهاء من عدم اعتبار حق الاقتراح وحق الاعتراض مشاركة فى ممارسة السلطة التشريعية : السيد صبرى ، مبادىء القانون الدستورى ، الطبعة الرابعة ، ١٩٤٩ ، ص ٣٢٦ و ٣٢٧ و ٣٣١ و ٣٤٢ — ٣٤٤ • — مصطفى أبو زيد فهمى ، المرجع السابق ، فقرات ٦٧٦ و ٦٧٨ ، ص ٥٨١ و ٥٨٢ •

وتنهج الدساتير المصرية المتعاقبة هذا النهج من الاشراك ، بما تعطيه لرئيس الدولة من حق اقتراح القوانين وحق الاعتراض عليها ٠

فحق اقتراح القوانين ثابت لرئيس الجمهورية ولمجلس الامة أى لاى عضو من أعضائه(١). وتحال مشروعات القوانين المقترحة من الحكومة مباشرة الى لجان المجلس المختصة لفحصها وتقديم تقارير عنها(٢) ٠ بينما تحال مشروعات القوانين المقترحة من أعضاء المجلس الى لجنة أولية لفحصها وابداء الرأى فى صلاحيتها لجواز نظر المجلس فيها ، فاذا رأى المجلس نظرها أحالهـــا — كمشروعات الحكومة — الى اللجان المختصة لفحصها وتقديم تقارير عنها (٣)

ثم يطرح مشروع القانون بعد ذلك على المجلس لمناقشته ٠ والتصويت عليه مادة فماده . ولا تتم الموافقة عليه — فى غير الحالات التى تشترط فيهـــا أغلبية خاصة — الا بالاغلبية المطلقة للحاضرين من الاعضاء أى أكثر من النصف ، واذا تساوت الاراء يعتبر المشروع مرفوضا(٤) .

والاصل أن موافقة المجلس تعتبر كافية لاتمام عملية سن التشريع. ولكن الدساتير المصرية المتعاقبة تعطى رئيس الدولة أو رئيس الجمهورية الحق فى الاعتراض على ما يسنه المجلس من قوانين ٠ وهذا الحق ثابت لرئيس لجمهورية خلال ثلاثين يوما من تاريخ ابلاغ المجلس اياه الموافقة على مشروع القانون (م ١١٧ من دستور ١٩٦٤). فاذا فات هذا الميعاد دون اعتراض، سقط حق رئيس الجمهورية فيه واعتبر المشروع قانونا يجب عليه اصداره. واذا تم الاعتراض ، فيشترط للموافقة على مشروع القانون من جديد اغلبية اكبر من المرة الاولى هى أغلبية ثلثى مجموع أعضاء المجلس (الحاضرين والغائبين على السواء) . فاذ اتوافرت الاغلبية المطلوبة ، يجب على رئيس الجمهورية اصدار القانون (م ١١٨ من دستور ١٩٦٤) .

---

(١) م ٦٧ و ١١٦ من الدستور المصرى الحالى المؤقت لسنة ١٩٦٤ .
(٢) م ٨٢ من دستور سنة ١٩٥٦ وم ٦٦ من دستور سنة ١٩٦٤ .
(٣) م ٨٣ من دستور سنة ١٩٥٦ وم ٦٧ من دستور سنة ١٩٦٤ .
(٤) م ٦٥ من دستور سنة ١٩٦٤ .

فكأن عملية الاعتراض تنتهى اذن الى مجرد ايقاف القانون الذى أقره المجلس النيابى الى حين اقراره اياه من جديد بأغلبية أكبر (١). وهى بذلك تعتبر وسيلة فى يد السلطة التنفيذية للضغط على السلطة التشريعية بما يحقق التوزان المرغوب بين السلطتين(٢) • ولكن يبقى للسلطة التشريعية على أى حال الكلمة الاخيرة اذا حشدت للموافقة على القانون منجديدالاغلبية الاكبر المطلوبة ، فيعتبر حينئذ — رغم الاعتراض — قانونا واجب الاصدار والنشر.

حلول السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية فى سن التشريع العادى فى أحوال استثنائية :

اذا كان الاصل ان السلطة التشريعية هى التى تقوم بسن التشريعالعادى، فاستثناء من ذلك تحل السلطة التنفيذية فى كثير من الدساتير محل السلطة التشريعية فى سنة فى حالتين : حالة الضرورة ، وحالة التفويض •

(١) **تشريع الضرورة :** لاشك فى أن قيام حالة من حالات الضرورة التى تستدعى الاسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير عن طريق التشريع ، وانعدام الاداة التشريعية نظرا لحلالمجلس النيابى أو تخلفها نظرا لعطلتهفيما بين دورين من أدوار انعقاده ، يبرر الخروج على الاصل من استئثار السلطة التشريعية ـ أى المجلس النيابى ـ بسن القوانين أو التشريعات العادية ، وتخويل السلطة التنفيذية الحق فى الحلول محلها مؤقتا فى هذا الاختصاص عن طريق اصدار قرارات تكون لها قوة القانون أى قوة التشريع العادى .

---

(١) وبذلك يبدو الفارق بين « التصديق » و « الاعتراض » . فالتصديق اجراء لا يتم القانون الا به ، بحيث اذا تخلف فلا يظهر القانون الى الوجود ، اذ لا تكون لموافقة المجلس النيابى عليهقيمة دون اقتران بالتصديق . أما الاعتراض اذا تم ، فليس من شأنه الا مجرد ايقاف اصدار القانون واعادة المناقشة فيه والتصويت عليه فى المجلس من جديد ، بحيث يملكالمجلسفى النهاية فرض رأيه باقرار القانون ثانية واجبار رئيس الجمهورية بالتالى على اصداره. ولذلك اذا لم يتم الاعتراض أصلا بحيث مضى ميعاده ، فيجب على رئيس الجمهورية اصدار القانون . فالتصديق اذن منع نهائى من اصدار القانون . أما الاعتراض فمجرد ايقاف مؤقت للاصدار يمكن للمجلس ازالته بالموافقة على القانون من جديد (راجع فى التفرقة بين التصديق والاعتراض: محسن خليل ، المرجع السابق ، ٣٠٩ — ٣١١ — مصطفى أبو زيد فهمى ، المرجع السابق ، فقرة ٥٥٢ ، ص ٤٧٩) .

(٢) أنظر : السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٣٤٤ — عبد الحميد متولى ، الوسيط فى القانون الدستورى ، ١٩٥٦ ، ص ٥٧٢ .

وقد أعطت الدساتير المصرية المتعاقبة هذا الحق للسلطة التنفيذية(١) بقيود معينة . وأهم هذه القيود وجوب الاسراع فى تحديد مصير تشريعات الضرورة بعرضها على مجلس الامة خلال مدة قصيرة ، والا فقدت مالها من صفة قانونية . وتطبيقا لذلك ، أوجب الدستور المؤقت الحالى لسنة ١٩٦٤ عرض تشريعات الضرورة على مجلس الامة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ اصدارها فيما بين ادوار انعقاده ، أو فى أول اجتماع له اذا جاء اصدارها فى حالة حله ، ورتب جزاءا خطيرا على عدم عرضها على هذا النحو ، أو على عرضها ثم رفضها ، هو زوال ما كان لها من قوة القانون . وهو يجعل هذا الزوال رجعيا فى حالة عدم عرضها ، بينما يقصره على المستقبل فى حالة الرفض فيجعل أثره متحققا ابتداء من تاريخ الرفض فحسب (م ١١٩) (٢) .

وينبغى أن يكون مفهوما أن تشريعات الضرورة التى تسنها السلطة التنفيذية فى الحدود المتقدمة لا يجب أن تكون مخالفة لاحكام الدستور ، رغم أن كلا من الدستور المصرى لسنة ١٩٥٦ ولسنة١٩٦٤ — على خلاف دستور١٩٢٣ — قد أغفل تأكيد ذلك ، اذ ما دامت السلطة التشريعية — وهى السلطة الاصيلة — لا تملك مخالفة الدستور كما سنرى فيما تسنه من قوانين ، فمن باب أولى لا تملك السلطة التنفيذية — وهى سلطة بديلة طارئة — مثل هذه المخالفة فيما تسنه مواجهة لاحوال الضرورة من قرارات لها قوة القوانين(٣) .

(٢) **تشريع التفويض :** قد تحل السلطة التنفيذية محل السلطة التشريعية وبناء على تفويض منها فى اصدار قرارات لها قوة القانون فى المسائل المحددة

---

(١) م ٤١ من دستور ١٩٢٣ ، وم ١٣٥ من دستور ١٩٥٦ ، وم ١١٩ من الدستور الحالى المؤقت لسنة ١٩٦٤ .

(٢) كان من المتفق عليه فى ظل الدستور المصرى لسنة ١٩٢٣ أن زوال تشريعات الضروره ليس له أثر رجعى ، سواء فى حالة عدم العرض أو فى حالة الرفض (السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٤٨٨ . — عبد الحميد متولى ، المرجع السابق ، ص ٤٥٣) . أما دستور١٩٥٦ ، فكان يقرر من حيث المبدأ الاثر الرجعى لهذا الزوال فى الحالتين ، ولكنه — خروجا على ذلك — كان يعطى مجلس الامة ، فى حالة الرفض ، اعتماد نفاذ هذه التشريعات فى الفترة السابقة على الرفض أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر (م ١٣٥) .

(٣) قرب من ذلك :
عثمان خليل ، النظام الدستورى المصرى ، ١٩٥٦ ، ص ٢١٢ .

فى التفويض . ولئن كان التفويض غير مقبول من الناحية النظرية على أساس أن السلطة التشريعية لا تملك النزول عن اختصاصها ، الا أن الرغبة فى توفير الدقة أو السرعة أو السرية لبعض تشريعات معينة كالتشريعات الخاصة بفرض بعض الرسوم والضرائب او تعديلها ــ بما تقتضى من كتمان مضمونها قبل اعلانها منعا لاتاحة فرصة التهرب منها ــ قد تبرر ــ لمدة معينة ــ تفويض السلطة التشريعية من بعد للمصادقة عليها واجازتها (١) أو مع عدم تطلب رغم وجود السلطة التشريعية وعدم غيابها سواء مع تطلب عرضها على السلطة التشريعية من بعد للمصادقة عليها واجازتها (١) أو مع عدم تطلب ذلك .

ولم يكن **الدستور المصرى** لسنة ١٩٢٣ يتعرض لمثل هذا النوع من التشريع . ولكن ثمة سابقة للبرلمان فى مصر بمقتضاها فوض الحكومة سنة ١٩٣٠ فى اصدار مراسيم لها قوة القانون فى شأن تعديل التعريفة الجمركية وفى شأن فرض وتعديل رسم الانتاج على حاصلات الارض المصرية أو منتجات الصناعة المحلية ، ولكن بشرط عرض هذه المراسيم عليه . وقد قطع كل من دستور ١٩٥٦ (م ١٣٦) ودستور ١٩٦٤ الحالى (م . ١٢) كل شك حول امكان التفويض ، بالنص على أن « لرئيس الجمهورية فى الاحوال الاستثنائية، بناء على تفويض من مجلس الامة ، أن يصدر قرارات لها قوة القانون ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة وأن يعين موضوعات هذه القرارات والاسس التى تقوم عليها ». واذا كان النص يضع من القيود ما يتفق عليه الفقه المؤيد لمبدأ التفويض من تحديد موضوع التفويض ومسائله ومن قصر التفويض على مدة محدودة ، الا أنه أغفل ما يشترطه بحق كثير من مؤيديه من ضرورة اخضاع تشريع التفويض من بعد لموافقة مجلس الامة ، رغم ما ينبغى من ابقاء الزمام النهائى للتشريع بيد السلطة الاصيلة وهى السلطة التشريعية تراقب السلطة التنفيذية النائبة فيما وكلتها وفوضتها من شئونه .

وقد صدر أخيرا ــ بالقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ ــ تفويض من مجلس

---

(١) فى هذا المعنى :
عبد الحميد متولى ، المرجع السابق ، ص ٤٥٩ .

الامة لرئيس لجمهورية ، خلال الظروف الاستثنائية القائمة ، فى اصـــدار قرارات لها قوة القانون لمواجهة هذه الظروف الاستثنائية (١) .

١٣٠ ـ التشريع الفرعى

يقصد بالتشريع الفرعى التشريع الذى تسنه السلطة التنفيذية بمقتضى الاختصاص المخول لها فى الدستور ، باعتبار صفتها هذه ، لاباعتبارهاحالة محل السلطة التشريعية حلولا مؤقتا . بمعنى أن اختصاصها بسن التشريع الفرعى اختصاص أصلى يثبت لها ابتداء ومع قيام السلطة ألتشريعية ، فلا يعلق على غياب السلطة الشريعية كما هى الحال فى تشريع الضرورة ، ولا علىتفويضمنهاكماهىالحالفىتشريعالتفويض ٠

ويطلق على التشريع الفرعى فى العمل اسم « اللائحة » Le règlement تمييزا له ، عنالتشريع العادى الصادر عن الهيئة التشريعية والمعروف باسم « القانون » (La loi)

واللوائح اما أن يقصد بها تنفيذ التشريع العادى أى القوانين الصادرة عن الهيئة التشريعية فتعرف باسم « اللوائح التنفيذية » ، واما أن يقصد بها تنظيم المصالح والمرافق العامة فتعرف باسم « اللوائح التنظيمية » ، واما أن يقصد بها حفظ الامن والصحة العامة فتعرف باسم « لوائح البوليس أو « لوائح الضبط » . ونعرض بايجاز لكل منها فيما يلى .

(١) **اللوائح التنفيذية :** هى ماتسنه السلطة التنفيذية من قواعدتشريعية ضمانا لتنفيذ القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية . واختصاصالسلطة التنفيذية باصدار مثل هذه اللوائح أمر طبيعى ومنطقى، لانها ـــ وهىالسلطة المكلفة بتنفيذ هذه القوانين ـ تكون أقدر من السلطة التشريعية على تنظيم هذا التنفيذ فى دقائقه وفقا لضرورات العمل ، فضلا عمـــا فى ذلك من تخليص القوانين من كثير من التفصيلات ومن التخفيف بالتالى من أعباء السلطة التشريعية المتزايدة ٠

---

(١) أنظر فى عدم توافر هذا التفويض على ما تشترطه المادة ١٢٠ من الدستور : برهـــام محمد عطا الله ، أساسيات القانون الوضعى ، ١٩٦٨ ، هامش «١» ص ٥٤ ـــ ٥٥ .

ويعطى الدستور المصرى رئيس الجمهورية الحق فى سن هذه اللوائح، بل ويخوله حق تفويض غيره فى سنها (م ١٢٢ من الدستور الحالى لسنة ١٩٦٤).
وكثيرا ما تعين القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية من يتولى سن القرارات او اللوائح لتنفيذها وغالبا ما يكون هو الوزير المختص .

وطالما أن اللوائح التنفيذية مجرد تنفيذ للقوانين ، فينبغى أن تلتزم حدود هذا الغرض ، بحيث لا تملك الغاء أو تعديل أو تعطيل أحكام هذه القوانين أو الاعفاء منها .

(٢) **اللوائح التنظيمية** : هى ماتسنه السلطة التنفيذية من تشريع لتنظيم المصالح والمرافق العامة ، بصفتها مهيمنة على ادارة هذه المصالح والمرافق.
وحق السلطة التنفيذية فى سن هذه اللوائح ، ثابت صراحة فى الدستور المصرى الذى ينص على أن « يصدر رئيس الجمهورية القرارات اللازمة لترتيب المصالح العامة (م ١٢١ من دستور ١٩٦٤) ولكن ليس من حق رئيس الجمهورية تفويض غيره فى سنها .

(٣) **لوائح الضبط او لوائح البوليس** : يقصد بها ما تضعه السلطة التنفيذية من قيود تشريعية على الحريات الفردية لحفظ الضبط أو البوليس بمعناه العام ، أى لحفظ الامن وتوفير السكينة والطمأنينة وحماية الصحة العامة . ومن أمثلتها لوائح المرور ، ولوائح المحال المقلقة للراحة أو الضارة بالصحة ، ولوائح مراقبة الاغذية والباعة الجائلين .

ولم يكن الدستور المصرى لسنة ١٩٢٣ يتضمن اى نص يخول السلطة التنفيذية حق سن هذه اللوائح . ولكنها جرت دائما على اصدارها منذ كانت تجمع بين السلطتين التنفيذية والتشريعية قبل صدور هذا الدستور ، مما حدا ببعض الفقهاء الى التماس أساس دستورى لها مما جرى عليه العمل والقول بوجود عرف بذلك ، فضلا عن ان قيام السلطة التنفيذية بسن هذه اللوائح هو ما يلائم مقتضيات العمل نظرا لما تتطلبه مسائل الضبط من دقة وتشعب وسرعة تنظيم (١) . غير ان خطر مثل هذه اللوائح على حريات الافراد وعدم استنادها

---

(١) السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٤٦٩ و ٤٧٠ .

الى نص من الدستور أو القوانين ، فضلا عما تقرره من عقوبات على مخالفتها رغم ما هو ثابت من مبدأ « لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون » أو على لائحة تستند الى قانون ، يحمل على التردد فى الاعتراف للسلطة التنفيذية بهذا الحق دون نص على ذلك فى الدستور (١) .

لذلك أحسن المشرع الدستورى المصرى من بعد بنصه صراحة على حق السلطة التنفيذية فى سن هذه اللوائح بقوله « يصدر رئيس الجمهورية لوائح الضبط ... وله ان يفوض غيره فى اصدارها » (م ١٣٨ /١ من دستور ١٩٥٦ ، و م ١٢٢ من دستور ١٩٦٤) . وبذلك ينقطع الشك والخلاف الان حول شرعية هذه اللوائح وأساسها الدستورى .

§ ٣ — نفاذ التشريع

١٣١ — تمهيد

اذا تم سن التشريع — أيا كانت درجته — من السلطة المختصة بسنه ، فانه يوجد قانونا . ولكن الوجود القانونى للتشريع لا يعنى دخوله مرحلة التنفيذ بعد . اذ ينبغى لذلك تسجيل هذا الوجود القانونى والامر بتنفيذ التشريع ممن يملك الامر بالتنفيذ اى من السلطة التنفيذية عن طريق الاصدار (promulgation) ، ثم اعلانه للناس وتحديد موعد نفاذه عن طريق النشر (publication).

١٣٢ — اصدار التشريع

يقصد بالاصدار تسجيل سن التشريع ووضعه موضع التنفيذ (٢) بتكليف رجال السلطة التنفيذية بتنفيذه باعتباره تشريعا ملزما من تشريعات الدولة . فهو بمثابة شهادة ميلاد للتشريع ، تكون سندا لتنفيذه .

---

(١) فى هذا المعنى :
كتابنا اصول القانون ، ص ٢٩٤ . — محسن خليل ، المرجع السابق ، ص ٣٤٤ و ٢٤٥ .

(٢) ولذلك يعتبر الاصدار عملا تنفيذيا لا عملا تشريعيا ، اذ هو بداية وضع القانون موضع التنفيذ (فى هذا المعنى : عثمان خليل ، النظام الدستورى المصرى ، ١٩٥٦ ، ص ١٧٥ . — وقارن السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٣٦٢ — ٣٦٤) .

وبديهى أنه حيث تملك السلطة التنفيذية سن التشريع ــ كما هى الحال فى التشريع الاساسى حين يكون منحة من الملك أو الحاكم المطلق ، وفى تشريع الضرورة أو تشريع التفويض ، وفى التشريع الفرعى خاصة ــ يتضمن سن التشريع حتما اصداره ، لان السلطة التى تسن التشريع هنا هى نفسها التى تضعه موضع التنفيذ .

أما حيث تسن التشريع سلطة أخرى غير السلطة التنفيذية التى تضعه موضع التنفيذ فيحتاج الامر الى أن تقوم السلطة الثانية باصدار ما سنته السلطة الاولى ، كما هى الحال فى التشريع العادى الذى تسنه السلطة التشريعية ، والتشريع الاساسى الذى يسنه الشعب نفسه عن طريق الاستفتاءأو تسنه جمعية تأسيسية منتخبةمنالشعب. ذلك أن وضعالتشريع الذى تم سنه فى مثل هذه الحالات موضع التنفيذ يقتضى تسجيل وجوده القانونى وتكليف رجال السلطة التنفيذية بالقيام على تنفيذه ، ومثل هذا التكليف لا يتصور صدوره الا من السلطة التنفيذية نفسها ممثلة فى شخص رئيسها ، لان المكلفين بالتنفيذ هم عمالها فلا تملك عليهم سلطة اخرى ايا كانت ــ كالجمعية التأسيسية أو السلطة التشريعية ــ حق الامر والتكليف.

فالاصدار اذن فى حالة التشريع الاساسى المسنون بواسطة جمعية تأسيسية أو المستفتى فيه الشعب . يتضمن تسجيل موافقة الجمعية التأسيسية عليهأو تصويت أغلبية الشعب له فى الاستفتاء ، والامر بتنفيذه باعتبار التشريع الاساسى للدولة . والاصدار فى حالة التشريع العادى يتضمن تسجيل موافقة المجلس النيابى عليه ، والامر بتنفيذه كقانون من قوانين الدولة . وحصول اصدار القانون قبل فوات الميعاد المحدد لاستعمال حق الاعتراض ، يفيدنزول رئيس الجمهورية عن استعمال مثل هذا الحق .

ومن الافضل النص فى الدستور على تحديد مدة معينة يجب على رئيس الجمهورية خلالها اصدار القوانين التى يسنها المجلس النيابى حتى لا يتمكن بذلك من تعطيل تنفيذ هذه القوانين بتأخير اصدارها .ومع ذلك ، لا تتضمن الدساتير المصرية المتعاقبة أى نص من هذا القبيل ، مما يبرر انتقادها .

١٣٣ ـ نشر التشريع

اذا كان اصدار التشريع لازما لتسجيل سنه والامر بتنفيذه الى رجال السلطة التنفيذية ، فابلاغ مضمونه الى الكافة وحمله الى علمهم أو اتاحة فرصة العلم به لهم لازم كذلك ، اذ هم المكلفون بأحكامه فلا مناص من أعلامهم بها حتى يوافقوا مسلكهم عليها . ذلك أنه لا تكليف الا بمعلوم ، والتشريع لا يكون معلوما للمكلفين به الا باشهاره بينهم واذاعته فيهم والوسيلة القانونية الوحيدة المعتمدة اليوم لاشهار التشريع واذاعته هى نشر نصوصه فى الجريدة الرسمية للدولة(١).والنشر فى الجريدة الرسمية واجب لنفـــاذ التشريع فى حق المخاطبين بأحكامه ، أيا كانت درجة التشريعأساسيا أو عاديا أو فرعيا.

ولايغنى فى الاصل عن النشر فى الجريدة الرسمية اية وسيلة أخرى من وسائل الاشهار أو الاذاعة أو الاعلان ، رغم أن بعض هذه الوسائل قد يكون أجدى مفعولا من النشر فى الجريدة الرسمية فى سبيل حمل التشريع الى علم المخاطبين بأحكامه . فالاكتفاء اذن ــ فى نشرالتشريع ــ باذاعته فى الراديو أو تعليق صور منه فى أماكن بارزة على الحوائط فى الشوارع والميادين الرئيسية ، لا يعتبر فى الاصل قانونيا بالمعنى الصحيح . ومن هنـــا ، لا يعتبر مثل هذا النشر كافيا لنفاذ التشريع فى حق المخاطبين بأحكامه . وكذلك لا يغنى فى الاصل ، عن حصول نشر التشريع فى الجريدة الرسمية، ثبوت علم بعض الافراد المخاطبين بحكمه علما يقينيا به (٢)

واذا كان المقصود من نشر التشريع فى الجريدة الرسمية للدوله حمله الى علم المخاطبين به ، فيقتضى ذلك أن تطبع الجريدة الرسمية بأعداد كافية نسبيا وأن توضع هذه الاعداد موضع التوزيع الفعلى لمن يطلبها من الجمهور .

---

(١) تنشر التشريعات اليوم فى جريدتين رسميتين مستقلتين : « الجريدة الرسمية » وتنشر القوانين والقرارات الصادرة من رئس الجمهورية ومن نوابه ، و « الوقائع المصرية » وتنشر القرارات الوزارية (كما تنشر الاعلانات الحكومية والقضائية) .

(٢) أنظر فى ذلك حكم محكمة القضاء الادارى فى ٣ يناير ١٩٥٠ (مجموعة أحكام مجلس الدولة ، السنة الرابعة ، رقم ٤٤ ، ١٤٧) .

واذا كان الاصل هو وجوب نشر التشريع فى الجريدة الرسمية ، فمن الافضل تحديد مهلة للسلطة التنفيذية لاجراء هذا النشر ، حتى لا تتلكأ فيه بقصد تأخير تنفيذ التشريع . وقد احسن الدستور المصرى بايجـــاب نشر القوانين فى الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم اصدارها(١) .ومع ذلك تظل السلطة التنفيذية قادرة على التحكم فى نشر القوانين عن طريق تأخير اصدارها مادام الدستور لا يقيدها بموعد معين فى القيام بهذا الاصدار كما سبق البيان ·

واذا تم النشر فى الجريدة الرسمية فالغالب أن لا يعتبر التشريع نافذا فور هذا النشر بل يبـــدأ نفاذه بمضى وقت معلوم من حصول النشر ، افساحا لشيوع العلم بأحكامه · وتحديد هذا الوقت تحديدا عاما فى الدستور ، يفيد وجوب التزامه فى كل تشريع لا يحدد فى صلبه ميعادا خاصا لنفاذه ·

ومع ذلك ، فقد أغفل الدستور المصرى الحالى لسنة ١٩٦٤ تحديد أى ميعاد من تاريخ النشر لبدء نفاذ القوانين . على عكس ما كان عليه الحال فىدستور ١٩٢٣ ودستور ١٩٥٦(٢) . ولذلك ينبغى على المشرع اليوم النص فى كل قانون أو تشريع على ميعاد بدء نفاذه والا اعتبر نافذا فور النشر .

واذا اعتبر التشريع نافذا فور النشر فيبدأ نفاذه من تاريخ التوزيع الفعلى لعدد الجريدة الرسمية المنشور به التشريع، لا من تاريخ طبع هذا العدد أو التاريخ الذى يحمله(٣) .

وبفوات الميعاد الذى يبدأ منه النفاذ يفترض علم الافراد بالتشريع ، فيسرى فى حق جميع المخاطبين بأحكامه دون استثناء ، ولا يقبل من أحد الاعتذار

---

(١) م ١٨٧ من دستور ١٩٥٦ ، و م ١٦٤ من دستور ١٩٦٤ ·

(٢) كان دستور ١٩٢٣ يعتبر القانون نافذا بمضى ثلاثين يوما من نشره فى الجريدة الرسمية . وكان دستور ١٩٥٦ يعتبره نافذا بعد عشرة أيام من تاريخ هذا النشر . وكان يجوز فيهما دائما من هذا الميعاد أو تقصيره بنص خاص .

(٣) « اذا كان القانون رقم ٢٦٤ ، لسنة ١٩٥٣ ... قد نظم اجراءات أوجب على الـكافة اتباعها ابتداء من تاريخ العمل به ونص فى المادة الثالثة منه على العمل بالقانون المذكور من من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية .. وكان المستأنف قد دفع بأنه قد استحال العلم بذلك القانون حتى تاريخ تقديمه لصحيفة الاستئناف الى قلم الكتاب بمقولة أن الجريدة الرسمية =

بجهله · وافتراض العلم بالتشريع بمجرد ابتداء نفاذه انما هو تفريع على مبدأ افتراض العلم بالقانون أى بمجموع القواعد القانونية الملزمة فى الدولة وهو ما سنعرض له من بعد عند الكلام فى مدى تطبيق أو سريان القاعدة القانونيـــة .

§ ٤ — نتـــائج تدرج التشريع أو رقابة صـــحته

١٣٤ — خضوع التشريع الادنى للتشريع الاعلى ، ورقابة ذلك

قلنا ان ثم ظاهرة يتميز بها التشريع هى ظاهرة تدرجه أى تفاوته فى القوة درجات ثلاث بعضها فوق بعض : فالتشريع الاساسى أو الدستور هو أقواها، ويليه التشريع العادى ، ثم يتبعه التشريع الفرعى . وهذا التدرج فى القوة ينبغى أن يســـلم منطقـــا الى خضوع التشريع الادنى للتشريع الاعلى . غير أن هذه النتيجة على تحتيم المنطق لها لا تجد دائما ماينبغى لها من صدى فى نطاق العمل ، فهذا الصدى يتفاوت بتفاوت الدول والدساتير . فتدرج التشريع اذن يجب أن يستتبع استمداد كل تشريع قوته وصحته من مطابقته لقواعد التشريع الذى يعلوه وهكذا ، بحيث يكون باطلا التشريع الادنى الذى يصدر على خـــلاف ما يقضى به التشريع الاعلى ، وعلى هـــذا النحو فالتشريع العادى ينبغى أن لا يكون متعارضا مع التشريع الاساسى ، والتشريع الفرعى بدوره ينبغى أن لايكون مخالفا للتشريع العادى أو للتشريع الاساسى. ومن هنا فاذا تعارض تشريعان من درجة متفاوتة وجب تغليب التشريع الاعلى واغفال التشريع الادنى ·

كل ذلك يدعو خاصة الى اقامة رقابة قضائية (١) على صحة التشريع للتأكد من مطابقة الادنى منه للاعلى سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع. فنعرض لهذين النوعين من الرقابة لنقف على مدى التسليم بالمبدأ فيهما ومدى تحققه فى العمـــل .

= التى نشر فيها ذلك القانون وان كانت قد طبعت فى ٢٨ من مايو سنة ١٩٥٣ ، الا أنها لم توزع وتنشر فعلا الا بعد تاريخ تقديمه لصحيفة الاستئناف ، فالتفت الحكم عن تحقيق هذا الدفاع فانه يكون مشوبا بالقصور (نقض ٢٤ يونيه ١٩٥٨ مجموعة المكتب الفنى لاحكام النقض ، س ٩ ، ع ٢ ، رقم ٨١ ، ص ٦٣٩) .

(١) نترك جانبا ما قد يوجد من رقابة سياسية فى هذا الشأن .

(١) رقابة صحة التشريع الادنى من حيث الشكل

١٣٥ ــ لا خلاف على تقرير هذه الرقابة

لا خلاف على حق المحاكم فى الرقابة الشكلية للتأكد من توافر الشكل الصحيح للتشريع الادنى كمايحدده التشريع الاعلى،أى للتأكد من تمام سنه بواسطة السلطة المختصة وتمام اصداره ونشره وفوات الميعاد الذى يبدأ منه نفاذه . فان لم يتوافر للتشريع الادنى ــ سواء كان تشريعا عاديا أو تشريعا فرعيا ــ الشكل الذى يحدده التشريع الاعلى،فالاجماع منعقد على حق المحاكم فى الامتناع عن تطبيقه ، تأسيسا على أن مثل هذا التشريع انما هو تشريع منعدم ليس له وجود قانونى ٠ ولذلك فللمحاكم بل عليها أن تمتنع عن تطبيق قانون لم يحرز الاغلبية الخاصة المتطلبة فى شأنه ، أو عن تطبيق قانون أو لائحة لم تنشر فى الجريدة الرسمية أو صدرت عن جهة غير مختصة ٠

(٢) رقابة صحة التشريع الادنى من حيث الموضوع

١٣٦ ــ الخلاف حول هذه الرقابة تبعا لدرجة التشريع الادنى

لا تجد رقابة صحة التشريع الادنى من حيث الموضوع مثل ما تجده رقابة صحته من حيث الشكل من اجماع على اقرارها ٠ فالرأى فى مثل هذه الرقابة يختلف باختلاف ماإذا كان التشريع الادنى فرعيا أو عاديا . فنعرض أولا لرقابة قانونية اللوائح ودستوريتها ، ثم لرقابة دستورية القوانين .

١٣٧ ــ التسليم برقابة قانونية اللوائح ودستوريتها

حق المحاكم ثابت فى رقابة صحة التشريع الفرعى الموضوعية ، للتأكد من مطابقته لقواعد وأحكام التشريع العادى والتشريع الاساسى على السواء. فتملك المحاكم اذن التحقق من شرعية أو قانونية اللوائح بالتثبت من عدم مخالفتها لاحكام القوانين(١) . كما تملك التحقق من دستورية اللوائح بالتثبت من عدم مخالفتها لقواعد الدستور .

---

(١) تقرر محكمة القضاء الادارى فى احد احكامها أن « قضاء هذه المحكمة قد جرى على جواز الطعن فى القرارات التنظيمية العامة (أى اللوائح) بأحد طريقين : اما بالطريق المباشر اى بطلب الغائها فى الميعاد ، أو بالطريق غير المباشر فى أى وقت عند تطبيقها فى الحالات الفردية أى بطلب عدم الاقتداء بها لمخالفتها القانون وذلك عند الطعن فى القرارات الفردية بالالغاء » (محكمة القضاء الادارى ، ٥ فبراير ١٩٥٢ ، المحاماة ، س ٣٣ ، ع ٧ ، رقم ٤٦٢ ، ص ١٠٥٩) .

ولئن كان القضاء العادى يقتصر على مجرد الامتناع عن تطبيق اللوائح المخالفة للقانون أو الدستور دون أن يملك الغاءها ، فالوضع مختلف بالنسبة للقضاء الادارى الذى يتمتع كذلك بسلطة الحكم بالغائها ٠

١٣٨ — مشكلة رقابة دستورية القوانين (١)

لاتجد مشكلة رقابة دستورية القوانين فى‌الدول ذات الدساتير الجامدة(٢) حلا واحدا . فحق المحاكم فى مثل هذه الرقابة اى فى رقابة صحة التشريع العادى الموضوعية للتأكد من مطابقته لقواعد التشريع الاساسى ، اى للتثبت من موافقته لاحكام الدستور ، أمر متنازع فيه فى الفقه والقضاء ومختلف عليه باختلاف النظم والشرائع .

فثم اتجاه يرمى الى منع المحاكم من رقابة دستورية القوانين (٣) بحجة احترام مبدأ فصل السلطات ، الذى يختص السلطة التشريعية بحق سن التشريع ، ويقصر دور السلطة القضائية على مجرد تطبيقه ٠ اذ يعتبر الامتناع عن التطبيق ، بادعاء عدم دستورية القانون المطلوب تطبيقه ، خروجا من السلطة القضائية عن اختصاصها وتعديا على اختصاص السلطة التشريعية بالتعقيب على تصرفاتها والتوصل الى اهدارها ، مما يجعل للسلطةالقضائية

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Burdeau, Traité de science politique, t. III, Nos. 156 - 181. — Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. III, 3e éd., No. 98, pp. 715 - 732 — Laferrière, Manuel de droit constitutionnel, 1943, pp. 294 - 324.

السيد صبرى ، المرجع السابق ، ١٩٤٩ ص ٢٢٣ — ٢٣٥ — عبد الحميد متولى ، المرجع السابق ، ١٩٥٦ ص ٣١٦ — ٣٣٩ . — سعد عصفور ، مقدمة القانون الدستورى ، ١٩٥٤ ، ص ١٢٤ — ١٨٣ . — وكتابنا أصول القانون ، فقرات ١٤٦ — ١٤٩ .

(٢) لا تثور مشكلة رقابة دستورية القوانين الا حيث يكون الدستور جامدا . أما حيث يكون الدستور مرنا ، فتكون مخالفة القوانين اى التشريعات العادية له مشروعة ، لانها تعتبر بذلك تعديلا لاحكامه وقواعده .

(٣) أنظر خاصة :

Esmein, Elements de droit constitutionnel français et comparé, 8e éd., par Nézard, t. I, 1927, pp. 644 - 648.

هيمنـــة ورقابة على أعمـــال السلطة التشريعية وهو ما يتنافى مع انفصال السلطتين واستقلالهما.وهذا الاتجاه هو السائد فى القضاء الفرنسى خاصة رغم أن جانبا كبيرا من الفقه الفرنسى (١) ينتقده وينتصر لحق المحاكم فى رقابة دستورية القوانين .

وثم اتجـــاه ثان يرمى الى تخويل المحـــاكم حق النظـــر فى دستورية القوانين(٢) بالتثبت من مطابقة التشريع العادى (القانون) لقواعد وأحكام التشريع الاساسى (الدستور) ، استنادا الى أن رقابة دستورية القوانين انما هى من طبيعة عمل القضاء الذى يقوم على تطبيق القانون بمعناه العام أى كمجموع القواعد القانونية السائدة فى الدولة . فالقضاء ملزم بتطبيق أحكام الدستور وأحكام القانون (بمعناه الخاص) على حد سواء . غير أنه حين يستحيـــل تطبيقهما معا لتعارض أحكامهما فلا منـــاص من تطبيـــق أحكام الدستور دون احكام القانون ، اعمالا لقاعدة تدرج التشريع وما يحتمـــه منطقها من سيادة التشريع الاعلى على التشريع الادنى .

ومما يؤيد هذا الاتجاه الثانى انه مجرد امتداد لما انعقد عليه الاجماع من حق المحاكم فى رقابة قانونية اللوائح أو شرعيتها ، فليس يفهم — مع هـــذا الاجماع — منع المحاكم من رقابة دستورية القوانين . فهـــذان النوعان من الرقابة القضائية ليسا الا نتيجتين حتميتين متلازمتين لقاعدة تدرج التشريع ، وليس من المنطق — بل يكون من التناقض — التسليم باحدى النتيجتين دون الاخرى ، فما ينسحب على التشريع الفرعى من تقرير رقابة قانونيتـــه أو شرعيته ، ينبغى أن ينسحب كذلك على التشريع العادى بتخويل المحاكم حق رقابة دستوريته . فضلا عن أن تخويل المحاكم مثل هذا الحق يؤكد — على عكس ما يقوله معارضوه — مبدأ فصل السلطات، لانه يمنع السلطة التشريعية

---

(١) انظر فى الاشارة الى هذا الفقه :
Laferrière, op. cit., pp. 321, 322.

(٢) انظر خاصة :
Duguit, op. cit., t. III, No. 98, p. 718.

من أن تفرض على السلطة القضائية قانونا تسنه على خلاف الدستور وتجبرها بذلك على تطبيقه ، مما يخل باستقلالها ويحد من اختصاصها فى تطبيـق القواعد القانونية التى على رأسها قواعد الدستور ·

غير أن فهم مبدأ فصل السلطات على وجهه الصحيح يقتضى كذلك التحوط من أن ينقلب حق المحاكم فى رقابة دستورية القوانين الى تدخل من جانب السلطة القضائية فى أعمال السلطة التشريعية بالغاء ما تسنه من قوانين وخرق مبدأ فصل السلطات بالتالى ، اذ الغاء القوانين كسنها من اختصاص السلطة التشريعيةوحدها(١) . ومن هنا ينبغى أن يقتصر حق المحاكم — عند التثبت من عدم دستورية قانون من القوانين — على مجرد الامتناع عن تطبيقه دون الحكم بالغائه ، ممايقتضى أن يكون الامتناع عن التطبيق قاصرا على القضية المعروضة وحدها ، لا ينصرف الى غيرها من القضايا ولا يؤثر فى الوجود القانونى لمثل هذا القانون(٢) .

رقابة دستورية القوانين فى القانون الحديث : الاتجاه الغالب فى القـانون الحديث اليوم هو اعطاء المحاكم حق رقابة دستورية القوانين ، دون مساس بمبدأ فصل السلطات ، عن طريق الدفع · وفى مثل هذه الطريقة لا يتوجه أحد الى القضاء ابتداء ومباشرة بدعوى يطلب فيها الحكم باعتبار قانون من القوانين غير دستورى لمخالفته أحكام الدستور ، وانما يتربص الفرد بدعوى يختصم فيها ، فيدفع هذه الدعوى بعدم دستورية القانون المطلو بتطبيقه فيها · وأمام هذا الدفع ، تتصدى المحكمة للبحث فى مدى مطابقة هذا القانون لاحكام الدستور · فان تحققت من هذه المطابقة ، رفضت الدفع مؤكدة دستورية القانون ، ومضت فى أداء واجبها من تطبيقه · وان تثبتت من مخالفة القانون عن أمر الدستور ،قضت بعدم دستوريته ، ورتبت علىذلك نتيجته من الامتناع عن تطبيقه فى ذات الدعوى المنظورة أمامها والمطالب فيها بتطبيقه ·

---

(١) فى هذا المعنى :
سعد عصفور ، المرجع السابق ، ص ١٨١ و ١٨٢ ·
(٢) فى هذا المعنى :
Duguit, op. cit., t. III, No. 98, 719

فالدفع بعدم دستورية قانون ما ـ باعتباره وسيلة دفاع سلبى بحت ـ لا تعدو نتيجته اذن الغاية من ابدائه ، وهى مجرد استفادة الخصم صاحب الدفع وتمكنه من منع الاستجابة لما يطلبه خصمه من تطبيق قانون معين عليه • ولذلك لاتتعرض المحكمة للقانون ذاته فتحكم بالغائه فى حال مخالفته للدستور(١) ، وانما تقتصر فحسب على مجرد تقبل الدفع بالامتناع عن اجابة المدعى الى ما يطلبه من تطبيق القانون على خصمه . وهى بذلك تحترم فى آن واحد سيادة الدستور بتغليبه على القانون المخالف له ، واستقلال السلطة التشريعية بعدم الاعتداء على حقها الثابت فى الغاء القوانين •

ومن أهم الدول التى راجت فيها رقابة القضاء لدستورية القوانين عن طريق الدفع : الولايات المتحدة الامريكية(٢) والنرويج وكنداوايرلندا والبرتغال واليونان وجنوب أفريقيا(٣) .

غير أن ثم دولا أخرى قليلة أعطت القضاء حق رقابة دستورية القوانين عن طريق الدعوى ، كالنمسا وايطاليا وسويسرا • وفى هذه الطريقة ، يباح رفع دعاوى مباشرة بطلب الحكم بابطال أو الغاء قانون معين صدر مخالفا للدستور . ونظرا لخطورة هذه الطريقة ، فان اغلب الدساتير التى أخذت بها أنشأت محاكم دستورية خاصة جعلتها وحدها المختصة ـ دون المحاكم العادية ـ بالنظر فى دستورية القوانين والغاء القوانين غير الدستورية • وكذلك تقصر بعض هذه الدساتير حق الالتجاء الى هذه المحاكم ـ بدعاوى الالغاء ـ على هيئات عامة معينة ، فلا تجعله حقا مباحا للكافة(٤) .

---

(١) فيظل هذا القانون قائما ، بحيث تستطيع محكمة أخرى ـ او حتى نفس المحكمة التى امتنعت عن تطبيقه فى قضية معينة ـ تطبيقه فى قضية اخرى ، طالما لا يوجد نظام السوابق القضائية الملزمة .

(٢) راجع فى ذلك بخاصة :

أحمد كمال أبو المجد ، رقابة دستورية القوانين فى الولايات المتحدة الامريكية والاقليم المصرى ، رسالة من القاهرة ، ١٩٥٨ ، طبعة ١٩٦٠ .

(٣) Lafferrière, op. cit., p. 314.

(٤) وهو ما يجعل من هذه المحاكم حينئذ وسيلة لحسم المنازعات بين السلطات العامة أكثر منها وسيلة لحماية حقوق الافراد التى يكفلها الدستور (Lafferrière, op. cit., p. 300).

والواقع أن الطريقة الغالبة فى تحقيق رقابة دستورية القوانين وهى طريقة الدفع ، تفضل — بما تحترم من مبدأ فصل السلطات حيث تقتصر الرقابة فيها على مجرد امتناع المحكمة عن تطبيق القانون غير الدستورى — الطريقة التى تتبعها أقلية الدول وهى طريقة الدعوى. اذ فى هذه الطريقة الثانية اهدار لمبدأ الفصل بين السلطات واعتداء على استقلال بعضها، بتمكين السلطة القضائية العادية أو المحاكم الخاصة من بسط سلطانها على السلطة التشريعية والقضاء فيما تسنه من قوانين بالالغاء والابطال .

مدى رقابة دستورية القوانين فى مصر : لم يكن الدستور المصرى لسنة ١٩٢٣ يتضمن أى أشارة الى مشكلة دستورية القوانين ، فلا هو منح السلطة القضائية حق التثبت من موافقة ما يصدر عن السلطة التشريعية من قوانين لاحكام الدستور ، ولا هو منعها من ذلك. ومن هنا نجد أن القضاء العادى قد تراوحت أحكامه — وهى قليلة نادرة فى هذا الشأن — بين ادعاء هذا الحق للمحاكم(١) وبين انكاره عليها(٢) ، وان كان الاتجاه العام المستخلص من هذه الاحكام هو امتناع القضاء العادى عن ادعاء حق رقابة دستورية القوانين لنفسه ، رغم أن اجماع الفقهاء المصريين يكاد ينعقد على اثبات هذا الحق له(٣) .

ثم كان أن أنشىء مجلس الدولة سنة ١٩٤٦ ، وأتيح لمحكمة القضاء الادارى

---

(١) مصر الاهلية أول مايو ١٩٤١ ، المحاماة س ٢٢ ، رقم ٢٤٨ ، ص ٧٢٥ .

(٢) انظر فى الاحكام المنكرة لهذا الحق :

السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٦٦٥ وما بعدها .

(٣) انظر خاصة :

السيد صبرى ، المرجع السابق ، ص ٦٤٦ — ٦٥٨ . — عبد الحميد متولى ، المرجع السابق ، ص ٥٧٨ — ٥٩٨ . — عثمان خليل ، النظام الدستورى المصرى ، ١٩٤٢ ، ص ٨٨ وما بعدها . — سليمان مرقص ، المرجع السابق ، فقرة ٩٢ ، ص ١٢٦ — ١٢٩ . — محمد على امام ، المرجع السابق ، فقرة ٩٢ ، ص ٢١٧ ، وفقرة ٩٣ . — عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرات ١٦٠ — ١٦٢ .

أن يعرض عليها الامر ، فاستقر قضاؤها على اثبات حقها فى التصدى لبحث دستورية القوانين عند الدفع أمامها بعدم الدستورية ، بحيث تمتنع فى القضية المنظورة أمامها والمطلوب فيها تطبيق قانون غير دستورى عن تطبيقه ولكن دون أن تعرض له فى ذاته بابطال أو الغاء (١) .

ونرجو أن يستقر بهذا القضاء حق المحاكم عموما فى رقابة دستورية القوانين فى مصر ، فتتحول المحاكم العادية عما تلتزمه من حذر وتخوف لا يوجد مايبررهما .واذا كان الخلاف لم ينقطع من بعد بصدور الدساتير المتعاقبة فى مصر ، لالتزامها ما كان يلزمه دستور ١٩٣٢ من صمت حيال مشكلة رقابة دستورية القوانين ، الا أنه ينبغى تأكيد حق القضاء جميعا فى مثل هذه الرقابة بالامتناع عن تطبيق أى قانون يصدر مخالفا لاحكام الدستور ، مما يكفل فى آن واحد احترام سيادة الدستور بوصفه التشريع الاعلى ، واحترام مبدأ فصل السلطات كذلك على السواء .

---

(١) أنظر خاصة :

محكمة القضاء الادارى : ١٠ فبراير ١٩٤٨ ، مجلة التشريع والقضاء ، السنة الاولى ، ص ٢٨٤ . — ٣٠ يونيه ١٩٥٢ ، المحاماة ، سنة ٣٣ ، العدد الاول ، ص ٦٨ .

ومن حيثيات الحكم الاخير ما يأتى : « ومن حيث أن أصلا من الاصول الدستورية هو أن يطبق القضاء القانون فيما يعرض له من الاقضية . والقانون هنا هو كل قاعدة عامة مجردة أيا كان مصدرها .. ومن حيث أنه اذا تعذر على القضاء تطبيق هذه التشريعات جميعا لما قد يوجد بينها من تعارض ، وجب عليه أن يطبق القانون الاعلى فى المرتبة وأن يستبعد عن دائرة التطبيق القانون الادنى اذا تعارض مع القانون الاعلى ... ومن حيث أن تطبيق الدستور دون القانون عند التعارض ليس معناه الحكم بالغاء القانون ، فهذا ما لا تملكه المحكمة الا بنص صريح فى الدستور . ولا تستطيع المحكمة من جهة أخرى أن تطبق القانون عند تعارضه مع الدستور ، فهذا ما لا تملك الترخيص فيه الا برخصة دستورية صريحة ، وكل ما تملكه المحكمة عند سكوت الدستور هو أن تمتنع عن تطبيق القانون غير الدستورى فى القضية المعروضة عليها ، وقضاؤها فى هذا مقصور على هذه القضية بالذات ، ودون أن تتقيد هى نفسها به فى قضية أخرى تنظرها بعد ذلك . ومن حيث أن هذا النظر هو المستفاد من مبدأ فصل السلطات مفهوما على وجهه الصحيح : فالسلطات التشريعية والقضائية كل منهما مستقلة عن الاخرى وكلاهما تخضع للدستور . فلا يجوز للسلطة القضائية أن تحكم بالغاء قانون باطل فى دعوى أصلية ترفع أمامها ، والا بسطت سلطتها على السلطة التشريعية . ولا يجوز للسلطة التشريعية أن تفرض على السلطة القضائية تطبيق تشريع يتعارض مع النصوص والمبادىء الدستورية فترغمها بذلك على مخالفة الدستور ، ومن ثم تفقد السلطة القضائية استقلالها وينقلب خضوعها للدستور خضوعا للسلطة التشريعية . وهذا وذاك يتعارضان بداهة مع مبدأ فصل السلطات ... » .

§ ٥ ـ التقنيـــــين

١٣٩ ـ التقنين وضرورته

لا يخرج التشريع دائما فى صورة واحدة • فقد يخرج مجزءا لا يتناول الا مسألة بعينها،كقانون المحاماة وقانون السجل أو الشهر العقارى.وقد يخرج مجمعا تجميعا علميا منطقيا يضم فى وثيقة رسمية واحدة القواعد المتعلقة بفرع من فروع القانون •

ويطلق على عملية التجميع هذه اسم « التقنين » ، وكذلك يطلق هذا الاسم على الوثيقة الرسمية الجامعة نفسها التى تضم مجموعة النصوص التشريعية الخاصة بفرع من فروع القانون ، كالتقنين المدنى ، وتقنين العقوبات ، والتقنين التجارى وهـــكذا . ومن الافضـــل ـــ منعـــا للخلط ـــ قصر اصطـــلاح « التقنين » Le Code على الوثيقة الرسمية الجامعة وحدها ،والتعبير باصطلاح « عملية التقنين » La codification عن عملية التجميع الرسمى نفسها •

وغنى عن البيان أن « التقنين » بالمعنى الاصطلاحى الدقيق انما هو تجميع رسمى من جانب الدولة للنصوص التشريعية الخاصة بفرع من فروع القانون ، أو هو تشريع جامع لهذا الفرع صادر عن المشرع نفسه بهذا الشكل الجامع . فلا يطلق هذا الاصطلاح على أ ىتجميع غير رسمى قد يقوم به بعض الكتاب أو الفقهاء لبعض قواعد القانون المتفرقة ولو كانت تمس نفس الفرع من فروع القانون ، اذ مثل هذا التجميع لا يعدو أن يكون مجرد عمل فقهى بحت ، لا يرتفع الى مرتبة التشريع الجامع أ ىالى مرتبة التقنين •

وعملية التقنين ضرورة يقتضيها تقدم المدينة ونشاط حركة التشريع نشاطا كبيرا لا يؤمن مع وفرته التعارض والتضارب بين نصوص التشريع المتناثرة ، فيحتاج الامر الى جمع ما يخص من هذه النصوص كل فرع مستقل من فروع القانون فى وثيقة واحدة جامعة ، تحقق التناسق بين النصوص ، وترفع التعارض بينها ، وتيسر المرجع اليهـــا بما تحصر وتركز من مظان البحث . وقد أصبح التقنين اليوم فى العصر الحديث أداة لتأكيد ما تبلغه الجماعة من وحدة

سياسية . بل لقد أصبح كذلك مظهرا للاستقلال الوطنى تفتح به الجماعات المتحررة حياتها عقب للتخلص من الاستعمار(١) .

١٤٠ ـ مهاجمة فكرة التقنين والرد عليها

هوجمت فكرة التقنين على يد المذهب التاريخى كماسبق البيان ،تخوفامن أن يؤدى جمع أحكام القانون فى تقنينات رسمية عدة الى جمود القانون وقعوده عن مسايرة التطور فى الجماعة . ولكن هذه المهاجمة تقوم على أساس فكرة خاطئة هى أن القانون يتكون آليا فى ضمير الجماعة ، فقد أظهرنا من قبل ما فى هذا الاساس من انكار لدور الارادة الانسانية البصيرة الواعية فى تكوين القانون(٢) .ونضيف الان الى ذلك أن هذا التخوف لا يجد دائما ما يبرره . فليس صحيحا اطلاق القول بأن عملية التقنين أو التجميع تضفى على نصوص التقنين من المهابة والقدسية مايرد عن تعديلها وتغييرها بما يلائم تطور الحياة فى الجماعة . ذلك أنه يبقى للمشرع دائما حق موالاة التقنين بالمراجعة والتعديل(٣) كلما تخلفت نصوصه عن الوفاء بما يستجد من حاجات الجماعة . والثابت ـ كما دلت التجارب ـ أن المشرع لا يحجم عن السير فى طريق المراجعة والتعديل ، كلما دعته الضرورة الى ذلك . فضلا عن أن الغالب فى التقنين هو الاقتصار على العام من المبادىء والكليات ، دون الخوض فى الخاص من التفصيلات والجزئيات ، فتعتبر نصوصه بذلك فى يد القضاء أداة طيعة مرنة ، يتوصل ـ بما له من حرية فى التفسير ـ الى ملاءمتها وتكييفها ، رغم بعد العهد بوضعها ، وفقا لما يستجد من ظروف فى الحياة العملية .

يضاف الى ذلك أن المآخذ على التقنين هى فى جوهرها مآخذ على التشريع، تنبع من فكرة واحدة هى فكرة انبعاث القانون من ضمير الجماعة انبعاثا ذاتيا وتطوره بالتالى تطورا آليا ، مما يستتبع أن لا يكون حبيس نصوص مدونة ، بل يترك حرا طليقا يجرى ويتطور به العرف . ولكن الثابت أن العرف لم يعد يفى

---

(١) Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 321.

(٢) أنظر سابقا ، نقرة ٦٦ .

(٣) انظر فى كيفية تعديل التقنين :
Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, Nos. 323 - 327.

بمطالب الحياة الحديثة المتكاثرة المتعقدة ، وأن التشريع قد غدا اليوم ضرورة تواجه هذه المطالب ، وخاصة بعد ازدياد تدخل الدولة نتيجة انتشار المذهب الاجتماعى ، وما التقنين الا صورة من صور التشريع يزيد عليه فائدة بمايجمع من مبعثر النصوص ، ويوافق بينها على أساس منطقى سليم،وييسر الاحاطة بها والرجوع اليها ٠

ولئن قيل أن ظهور التقنينات الفرنسية فى أوائل القرن الماضى قد ولد «مذهب التزام النص» الذى قام على أساس من تقديس النصوص تقديسا جر الى جمود القانون الفرنسى ، فالرد على ذلك سهل ميسور . ذلك أن هذا المذهب ، ان كان قد نبت فى أعقاب صدور هذه التقنينات ، فلم يكن ذلك الا نتيجة تصور خاطىءلفكرة القانون من اعتبارهوليد ارادة الدولة ومشيئتها واعتبار التشريع بالتالى وسيلة الدولة الوحيدة واداتها فى صنع القانون وفرضه . فلم يكن ظهور التقنينات اذن هو سبب نشأة هذا المذهب،وان كان ظهورها قد أعان على تثبيت هذا التصوير الشكلى الخاطىء للقانون فى الاذهان ومكن لاشاعة تقديس ارادة الدولة ونصوص التشريع فى النفوس ٠ فالتقنينات الفرنسية كانت أول عمل تشريعى ضخم تولته دولة فى العصر الحديث ، مما مد فى الحجة لانصار فكرة عقد القانون بمشيئة الدولة ، وصور لهم أن مثل هذه التقنينات قد جمعت فأوعت وأحاط بكل شيء.غير أن تقدم العمر بهذه التقنينات وما صاحبه من تطور كبير فى المجتمع الفرنسى ، لم يلبث أن كشف عن خطأ النظرة الى هذه التقنينات باعتبارها شاملة وافية كاملة ، فضاعت بذلك أسطورة قدسيتها ، وانكشف فساد « مذهب التزام النص » فى تفسيرها . فظهرت مذاهب أخرى تدعو الى حرية أكبر فى التفسير ، أدى رواجها الى دحض اتهام التقنين بالجمود بالقانون .

وأياما كان الامر ، فقد بدد الواقع أوهام خصوم التشريع والتقنين ، فانتشر التشريع وراجت عملية التقنين ، ولم يستتبع ذلك لا قدسية التقنين ولا جمود القانون ٠ فوجود تقنينات عدة لم يمنع المشرع المصرى أخيرا — حين دعت الحاجة — من الغائها واستبدال غيرها بها . ووجود التقنينات الفرنسية منذ

قرن ونصف من الزمان لم يجمد بالقانون الفرنسى، اذ لم يزل القضاء الفرنسى يذلل من نصوصها ــ بما اختط لنفسه من حرية فى التفسير ــ حتى لم تعد اليوم متخلفة عن مواجهة الحاجات والظروف الحالية للمجتمع الفرنسى .

١٤١ ــ حركة التقنين فى العصر الحديث

اذا كانت حركة التقنين منتشرة ورائجة فى العصر الحديث،فان جذورها ممتدة فى الماضى فيما عرفه الرومان من تقنين بدائى كالالواح الاثنى عشر ، ثم فيما عرفوه فى القرن السادس الميلادى من تقنين أكثر احاطة وشمولا هو « مجموعة جوستنيان » · ولعل أول مظهر جدى علمى لحركة التقنين ، كان هو صدور التقنين المدنى الفرنسى المعروف بتقنين نابليون سنة ١٨٠٤ ، وما تلاه فى فرنسا من تقنينات أخرى خاصة بباقى فروع القانون · ثم مالبثت حركة التقنين التى ابتدأتها فرنسا فى العصر الحديث أن عمت أكثر الدول (١) . وامتدت حتى الى ألمانيا مهد المذهب التاريخى عدو التقنين ·

١٤٢ ــ حركة التقنين فى مصر

لم تعرف مصر حركة التقنين فى عهدها الحديث قبل الربع الاخير من القرن الماضى،فرغم تبعيتها للدولة العثمانية حينئذ لم تطبق فيها « مجلة الاحكام العدلية » ، نظرا لما كانت تتمتع به مصر من استقلال تشريعى وقضائى · وكذلك فلئن كانت بعض أحكام الشريعة الاسلامية قد جمعت فى مصر تجميعا علميا فيما أصدره قدرى باشا من مجموعات ثلاث هى : « كتاب الاحوال الشخصية » فى قواعد الاحوال الشخصية ، و «مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان» فى قواعد المعاملات المالية ، و « قانون العدل والانصاف » فى قواعد الوقف ،

---

(١) أنظر فى انتشار حركة التقنين فى العصر الحديث ، وتعداد التقنينات المدنية خاصة فى مختلف الدول :
Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, Nos. 371 - 376.

الا أن هذه المجموعات لا تعتبر تقنينا بالمعنى الاصطلاحى لانها مجرد مجهود فردى ، فليست لها صفة رسمية أو تشريعية تجعل لها قوة الزام فى العمل .

ثم عرفت مصر حركة التقنين بانشاء المحاكم المختلطة سنة ١٨٧٥ ، اذ وضعت ستة تقنينات أخذت ـ مع خلاف يسير ـ عن التقنينات الفرنسية لتطبقها هذه المحاكم ، هى : التقنين المدنى ، وتقنين المرافعات ، والتقنين التجارى، والتقنين البحرى، وتقنين العقوبات ، وتقنين تحقيق الجنايات · ثم أنشئت المحاكم الاهلية سنة ١٨٨٣ ، فوضت لها ستة تقنينات أخرى على غرار التقنينات المختلطة ·

غير أن العمل لم يلبث أن أظهر نقص هذه التقنينات التى وضعت على عجل لمواجهة انشاء المحاكم المختلطةوالمحاكم الاهلية ،وتخلفها عن ارضاء اتجاهات القانون الحديث · فلم يكن بد من مراجعتها مراجعة شاملة ، خاصة وقد ألغيت المحاكم المختلطة واستردت مصر سيادتها التشريعية والقضائية كاملة على الاجانب ، فاستبدل بالتقنين المدنى وتقنين المرافعات المدنية تقنينان جديدان دخلا دور التنفيذ منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ · واستبدل بتقنين « تحقيق الجنايات » تقنين جديد سمى تقنين « الاجراءات الجنائية » تصحيحا للتسمية الاولى ، وعمل به ابتداء من ١٥ نوفمبر سنة ١٩٥١ · ولم يتم بعد الفراغ من مراجعة التقنين التجارى والتقنين البحرى ، رغم أن الحاجة باتت ماسة الى مثل هذه المراجعة أمام ما أصاب التجارة والملاحة البحرية فى هذا القرن من نمو وتطور كبير . أما تقنين العقوبات ، فقد نقح تنقيحا شاملا مرتين : الاولى سنة ١٩٠٤ والثانية سنة ١٩٣٧ . وقد أتيح للمشرع أخيرا ــ استجابةللوعى الاجتماعى النامى ــ أن يصدر تقنين هامين همـــا : تقنين العمل بالقـــانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ ، وتقنين التأمينات الاجتماعية بالقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ الذى حل محله من بعد القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ .

وأمام التطور الاجتماعى والاقتصادى والسياسى الاخير فى مصر نتيجة انتهاج وتطبيق سياسة اشتراكية واضحة منذ تشريعات يوليو سنة ١٩٦١

المشهورة ، استشعر المشرع المصري الحاجـــة الى وجوب اعادة النظر فى التقتنينات القائمة التى وضعت فى ظل مبادىء ومفاهيم وقيم مختلفة ، فألف لجانا عديدة لاعداد مشروعات تقنينات جديدة تتفق واتجا ءالدولة الاشتراكى ٠ وقد أتمت أغلب هذه اللجان مهمتها ٠ ولكن لم ير النور بعد من انشروعات التى أعدتها هذه اللجان الا المشروع الخاص بتقنين المرافعات حيث صدر به القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ، والمشروع الخاص بتقنين جديد للاثبات فى المواد المدنية والتجارية حيث صدر به القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ ٠

ثانيا ــ الدين

المصـــدر الاصلى الخاص

١٤٣ ــ تمهيد وتقسيم

تكلمنا من قبل عن الدين باعتباره مصدرا رسميا للقانون بوجه عام ، ورأينا تفاوت سلطانه ــ فى هذا الاعتبار ــ بتفاوت الجماعات وتفاوت الزمان ٠ ويعنينا الان أن نعرض للدين باعتبار ءمصدرا رسميا أصليا خاصا للقانون المصرى ٠ واعتبار الدين مصدرا رسميا أصليا خاصا فى هذا القانون ، يميزه عن التشريع المعتبر فيه مصدرا رسميا أصليا عاما . فرغم ما يشتركان فيه من صفة المصدر الرسمى الاصلى بحيث يكون لكل منهما الولاية أصلا فيما يتعرض له من مسائل ، الا أن نطاق الولاية يتفاوت بينهما تفاوتا كبيرا : فولاية التشريع عامة تمتد فى الاصل الى كل المسائل ، وأما ولاية الدين فخاصة لا تمتد الا الى مسائل معينة محدودة هى تلك التى تخرج استثناء من ولاية التشريع العامة ٠ ويقتضى تحديد مركز الدين كمصدر رسمى أصلى فى القانون المصرى التفرقة أولا بين عهدين : العهد الذى سبق صدور التقنينات المصرية الاولى أى التقنينات المختلطة والاهلية فى أوائل الربع الاخير من القرن الماضى ، والعهد الذى تلا صدور هذه التقنينات ٠ ثم يجب بعد ذلك الوقوف على أثر حركة التشريع الحديثة فى مصر فى تضييق نطاق ولاية الدين كمصدر رسمى أصلى ٠

١٤٤ ـ مركز الدين قبل صدور التقنينات الاولى

كان النظام القانونى فى مصر قبل صدور هذه التقنينات قائما منذ الفتح الاسلامى على اساس دينى بحت ، اذ كانت الشريعة الاسلامية هى السائدة باعتبارها المصدر الرسمى الاصلى العام ، أى باعتبارها فى الاصل الشريعة ذات الولاية العامة بالنسبة الى كل المسائل والى كل الاشخاص دون نظر الى اختلاف عقائدهم الدينية · وكان معترفا للشرائع الدينية الاخرى ـ بمقتضى الامتيازات الطائفية التى منحت لغير المسلمين فى الدولة العثمانية وامتدت الى مصر بالتالى ـ بولاية محدودة فى شأن المنتمين اليها وحدهم فى بعض مسائل الاحوال الشخصية ·

١٤٥ ـ مركز الدين بعد صدور التقنينات الاولى

غير أن هذه المرتبة الاولى للشريعة الاسلامية بين المصادر الرسمية للقانون المصرى ، لم تلبث أن تخلفت بانشاء المحاكم المختلطة والمحاكم الاهلية واصدار التقنينات المختلفة ـ مختلطة واهلية ـ فى أوائل الربع الاخير من القرن الماضى · اذ قفز التشريع بذلك الى الطليعة بين مصادر القانون المصرى ، فأصبح هو المصدر الرسمى الاول أو المصدر الرسمى الاصلى العام ، حالا بذلك محل الشريعة الاسلامية التى كانت تحتل من قبل هذا المركز · ولم يبق للدين من ولاية ـ الى جواره ـ الا فى شأن مسائل محدودة هى المسائل المتروكة التى أغفلت هذه التقنينات التعرض لها ، وهى مسائل الوقف ومسائل الاحوال الشخصية ، اذ ظلت هذه المسائل محكومة بالنظام السائد قبل صدور هذه التقنينات ، بحيث بقى المصدر الرسمى فى شأنها هو الدين على تفاوت فى ذلك بين الشرائع الدينية المختلفة ، بما يكفل للشريعة الاسلامية مركزها الممتاز القديم بالقياس الى الشرائع الدينية الاخرى ، وذلك على النحو الذى نوجزه (١) فيما يلى :

---

(١) انظر لزيادة التفصيل كتابنا « أصول القانون » سالف الذكر ، ص ٣١٩ — ٣٢٦ ·

(١) **مسائل الوقف :** يقصد بمسائل الوقف « المنازعات والمسائل المتعلقة بانشاء الوقف أو بصحته أو بالاستحقاق فيه أو بتفسير شروطه أو بالولاية عليه أو بحصوله فى مرض الموت » (م ١٦ ـ ١ من قانون نظام القضاء) . فقد ظلت هذه المسائل منذ صدور التقنينات المصرية الاولى ـ كما كانت قبل هذا الصدور ـ داخلة فى نطاق ولاية الدين ومحكومة أصلا بالشريعة الاسلامية وحدها ، سواء بالنسبة الى الاجانب أو بالنسبة الى المصريين على اختلاف عقائدهم الدينية . فالوقف نظام تأصل لدى فقهاء الشريعة الاسلامية من ناحية، ونظام لا يتصل بالعقيدة الدينية أو يحمل مظنة الارغام فيها من ناحية أخرى ،

(٢) **مسائل الاحوال الشخصية :** يمكن رد مسائل الاحوال الشخصية ـ وفق ما استقر عليه العمل فى مصر ، وهو ما أيدته من بعد المادة ١٣ من قانون نظام القضاء ـ الى مجموعات ثلاث كبرى :

(١) المسائل المتعلقة بالحالة والاهلية والولاية

(٢) المسائل المتعلقة بنظام الاسرة : كالخطبة ، والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة ، والمهر والبائنة ونظام الاموال بين الزوجين ، والطلاق والتطليق والتفريق ، والبنوة والاقرار بالابوة وانكارها ، وتصحيح النسب والتبنى ، والعلاقة بين الاصول والفروع ، والالتزام بالنفقة للاقارب والاصهار .

(٣) المسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا .

وكما قلنا ، تركت التقنينات المصرية الاولى مسائل الاحوال الشخصية فلم تعرض لها بحكم أو تنظيم ، وبذلك ظلت هذه المسائل خاضعة ـ بعد صدور هذه التقنينات ـ للنظام الذى كانت خاضعة له قبل صدورها ، أى للشرائع الدينية المختلفة السائدة فى مصر ، ولكن مع مراعاة ما للشريعة الاسلامية بينها من مركز ممتاز ، ناشىء من أن ولاية هذه الشريعة كانت هى الاصل ، وأن الاعتراف للشرائع الدينية الاخرى بولاية فى بعض مسائل الاحوال الشخصية وبالنسبة للخصوم التابعين لهذه الشرائع انما تقرر كمجرد استثناء تمكينا لحرية العقيدة عند غير المسلمين .

وبذلك ظلت الشريعة الاسلامية ، فى مسائل الاحوال الشخصية ، هى الشريعة ذات الولاية العامة التى تحكم فى الاصل هذه المسائل بالنسبة الى المصريين جميعا مسلمين وغير مسلمين على السواء .

أما **الشرائع الدينية غير الاسلامية** ، فلا تتمتع فى نطاق مسائل الاحوال الشخصية الا بولاية مقيدة ومحدودة على سبيل الاستثناء ، اذ هى قاصرة من حيث الاشخاص ومن حيث الموضوع على حد سواء ·

(١) **فمن حيث الاشخاص** ، ترتهن ولاية هذه الشرائع باتحاد الخصوم فى الدين أو الملة · بحيث اذا افترق الخصوم غير المسلمين فى الدين أو الملة ، ظلت الولاية فى شأن مسائل أحوالهم الشخصية للشريعة الاسلامية باعتبارها الشريعة العامة فى هذه المسائل ·

(٢) **ومن حيث الموضوع** ، لا تكون ولاية الشرائع الدينية غير الاسلامية ملزمة الا فى مسائل الاحوا لالشخصية التى قد يحمل اخضاعها لنظام دون آخر معنى الارغام فى العقيدة (١) ، وهى تكاد تنحصر فى الزواج وما يتفرع عنه من نسب وحضانة ونفقة وطلاق وتطليق وتفريق ، بحيث لا يحل للخصوم غير المسلمين المتحدى الدين أو الملة التراضى فى شأنها على الاحتكام الى شريعة دينية غيرها ولو كانت هى الشريعة الاسلامية ذات الولاية العامة ·

وأما المسائل التى لا تتصل بالعقيدة الدينية اتصالا مباشرا ، فالاصل ــ أمام انتفاء حرج الارغام فى العقيدة فى شأنها ــ هو خضوعها بالنسبة للمسلمين وغير المسلمين على السواء للشريعة الاسلامية وهى الشريعة ذات الولاية العامة ، بحيث لا تثبت للشرائع الدينية غير الاسلامية فى شأنها ولاية من حيث المبدأ · ولذلك كانت مسائل **الاهلية والولاية على المال** خاضعة حتى بالنسبة لغير المسلمين لقواعد الشريعة الاسلامية منذ قديم (٢) .

---

(١) نقض مصرى أول ابريل ١٩٤٣ ، مجموعة عمر (المدنية) ، ج ٤ ، رقم ٣٧ ، ص ٧٤.

(٢) راجع فى ذلك ، وفيما كان موجودا قبل صدور قانون المجالس الحسبية لسنة ١٩٢٥ من امتياز قضائى لثلاث من المجالس الملية غير الاسلامية بالنظر فى مسائل الوصاية والقوامة وحدها دون سائر مسائل الاهلية والولاية على المال :

توفيق فرج ، أحكام الاحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٤ ، فقرة ٢٣ ، ص ٨٥ ــ ٩٥ .

ولكن استثناء من هذا الاصل ، أعطيت الشرائع الدينية غير الاسلامية امتيازا بالولاية فى شأن مسائل **المواريث والوصايا** ، رغم عدم اتصالها بالعقيدة الدينية اتصالا مباشرا . غير أن ولايتها فى ذلك لم تكن ولاية ملزمة ، بل مجرد ولاية تحكيمية . ومعنى ذلك أن الشريعة الاسلامية ظلت هى الشريعة الواجبة التطبيق فى هذه المسائل حتى على غير المسلمين ، ولكن زيادة فى التسامح الدينى أبيح لغير المسلمين بقيود معينة الاحتكام الى شرائعهم الدينية فى شأنها ، فقيد هذا الاحتكام ، فضلا عن قيد اتحاد الملة بين الخصوم وهو الشرط العام لولاية الشرائع الدينية غير الاسلامية ، بقيد آخر هو وجوب صدور التراضى على الاحتكام ممن يعتبرون ورثة فى نظر الشريعة الاسلامية . وقد أكدت محكمة النقض حدود الولاية التحكيمية للشرائع الدينية غير الاسلامية فى مسائل المواريث والوصايا على هذا النحو (١) ، وقنن المشرع المصرى هذا القضاء من بعد بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٤٤ (٢) .

١٤٦ ـ أثر نشاط حركة التشريع الحديثة فى مركز الدين

اذا كان هذا هو مركز الدين عقب صدور التقنينات المصرية الاولى فى أوائل الربع الاخير من القرن الماضى ، فان حركة التشريع لم تلبث أن نشطت فى القرن الحالى نشاطا كبيرا فى المسائل المتروكة أصلا لولاية الدين ، مما كان له أثره فى تضييق مدى هذه الولاية الى حد بعيد .

فصدر قانون « المجالس الحسبية » فى ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ ، مقننا القواعد القانونية المتعلقة بالاهلية والولاية على المال بين المصريين جميعا دون نظر الى اختلاف دياناتهم . وقد حل محله من بعد القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالمحاكم الحسبية ، الذى لم يلبث أن استبدل به أخيرا ـ فيما يتعلق

---

(١) نقض اول ابريل ١٩٤٣ ، المشار اليه فى الهامش قبل السابق .

(٢) راجع مع ذلك فيما يراه بعض الفقهاء من الغاء هذا القانون وما يقرره من ولاية تحكيمية للشرائع غير الاسلامية فى مسائل المواريث والوصايا بمقتضى المادتين ١/٨٧٥ و ٩١٥ من التقنين المدنى الحالى ، وفى مناقشة هذا الرأى ورفضه :

كتابنا أصول القانون سالف الذكر ، هامش «١» ص ٣٢٨ و ٣٢٩ — توفيق فرج ، المرجع السابق ، فقرة ١٨ ، ص ٦٨ — ٧٠ .

بأحكامه الموضوعية ـ القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال وهو القانون المطبق حاليا • وصدر كذلك القانونان رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ورقم٢٥ لسنة ١٩٢٩ بوضعقواعد جزئية متعلقةببعض مسائلالاحوال الشخصية الخاصة بالمسلمين ، وهى مسائل المهر والنسب والحضانة والنفقة والطلاق والتطليق • ثم صدر بعد ذلك القانون رقم ٧٧ لسنة ١٤٣ بشأن المواريث ، والقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بشأن الوقف (١) ، والقانون رقم٧١ لسنة ١٩٤٦ بشأن الوصية • وبصدور كل ما تقدم من قوانين ، أصبح المصدر الرسمى الاصلى اليوم لما تتضمنه هذ هالقوانين من أحكام هو التشريع لا الدين • ولكن تبقى الشريعة الاسلامية التى استقيت منها تلك القوانين مصدرا تاريخيا أو ماديا لاحكامها .

فهذه التشريعات اذن قللت من مدى ولاية الدين كمصدر رسمى أصلى خاص للقانون المصرى الى حد بعيد ، ولكنها لم تعدم هذ هالولاية اطلاقا . فما زال للدين مركزه كمصدر رسمى أصلى فى كل ما لم يتناوله التشريع بالتنظيم من النطاق المتروك أصلا للدين ، على النحو الذى سبق بيانه من اعتبار ولاية الشريعة الاسلامية ـ فى هذا النطاق ـ ولاية عامة (٢) ، وولاية الشرائع الدينية الاخرى مجرد ولاية استثنائية محدودة •

ولم يتغير هذا الوضع بالغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية أخيرا . فان المحاكم العادية اليوم — رغم توليها الفصل فيما كان يدخل ف اختصاص تلك المحاكم والمجالس الملغاة منمسائل بالنسبة الى الجميع على اختلاف الدين —

---

(١) يراعى ان نطاق الوقف قد ضاق أخيرا فى مصر بصدور القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الذى الغى « الوقف على غير الخيرات » وهو المعروف باسم « الوقف الاهلى » ، فلم يبـق قائما الا الوقف الخيرى وحده . وفى شأنه تدخل المشرع أخيرا بما يكفل التوقى من مساوىء ادارته المزمنة ومن جمود نظامه (انظر كتابنا سالف الذكر ، فقرة ٣٦٦ ، ص ٩٦٨ و ٩٦٩)•

(٢) ولذلك حرص المشرع المصرى ، فى صدد بعض الاحوال الشخصية المنظمة بتشريعـات ، على الاحالة الى الشريعة الاسلامية الى جوار النصوص التشريعية المقررة (م ١/٨٧٥ مدنى فى شأن المواريث ، وم ٩١٥ مدنى فى شأن الوصية) ، وكذلك نبهت المذكرة التفسيرية لقانون الوقف الى « أن هذا القانون ليس شاملا لكل أحكام الوقف ، وأنه فيما عدا الاحكام الواردة به يجب الرجوع الى الراجح من مذهب الامام أبى حنيفة » (راجع فى ذلك : كتابنا سالف الذكر ، ص ٣٢٨ و ٣٢٩) •

ما تزال تقضى ، تبعا لاختلاف عقائد الخصوم ، بالشريعة الاسلامية والشرائع الدينية الاخرى وكل منها فى حدود ولايته .

المطلب الثـــانى

المصـــادر الاحتياطية

١٤٧ ــ الحاجة الى المصادر الاحتياطية

رأينا أن المصادر الرسمية الاصلية للقانون المصرى هى التشريع بوصفه مصدرا عاما يشمل اختصاصه فى الاصل كل المسائل عموما ، والدين بوصفه مصدرا خاصا ينحصر اختصاصه فى نطاق محدود · ففيما عدا هذا النطاق المحدود الذى تكون الولاية فيه للدين على ما سبق من تفصيل ، تثبت الولاية للتشريع أصلا · غير أن التشريع لا يمكن أن يتوافر له من كمال الاحاطة ما يواجه كل ما قد يوجد أو يستجد فى الحياة العملية من روابط وعلاقات وأوضاع · فالنقص فيه فطرى ينبغى التماس سده عند غيره من المصادر الرسمية · ولذلك توجد المصادر الاحتياطية لكى تواجه الفراغ الذى قد يخلفه هذا المصدر الاصلى العام وهو التشريع ·

والعرف فى القـــانون المصرى ــ كما هو الشأن عادة فى أغلب القوانين الحديثة ــ هو المصدر الرسمى الاحتياطى الذى يلى التشريع فى المرتبة ، فيسد ما قد يوجد فيه من نقص . غير أن القانون المصرى قد أفسح المجال ــ منذ نفاذ التقنين المدنى الحالى سنة ١٩٤٩ ــ لمصدر رسمى احتياطى ثان يلى العرف فى المرتبة هو « مبادىء الشريعة الاسلامية » .

ولذلك نعرض فيما يلى للعرف أولا ، ثم لمبادىء الشريعة الاسلامية ثانيا .

اولا — العرف (١)

La Coutume

١٤٨ — تمهيد

العرف هو اطراد التقليد على اتباع سنة معينة فى العمل مع الاعتقاد فى الزام هذه السنة كقاعدة قانونية . أو هو تواتر العمل بقاعدة معينة تواترا تمليه العقيدة فى ضرورة اتباع هذه القاعدة . وقد يقصد باصطلاح «العرف»، فضلا عن ذلك ، الدلالة على القاعدة أو السنة التى تحمل العقيدة فى الزامها على اطراد اتباعها فى العمل .

وقد سبق أن أشرنا أن العرف كان من ناحية الوجود التاريخى أقدم المصادر الرسمية للقاعدة القانونية . ومرد ذلك الى أنه يتكون آليا مما تمليه ضرورات العمل بمعزل عن تدخل السلطة الحاكمة فى الجماعة . فهو مصدر رسمى وفطرى وضرورى يعطى القاعدة القانونية قوة ملزمة فى العمل ، خاصة حيث الحياة بدائية ، والمحافظة على التقاليد شديدة والسلطة فى الجماعة ضعيفة أو غير متركزة فى يد هيئة معلومة يجتمع لها من القدرة ما تملك معه حق الامر بالقواعد القانونية والجبر على طاعتها .

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, t. I, Nos. 109 - 139, pp. 317 - 446. — Lebrun, La coutume, ses sources, son autorité en droit privé, thèse, Caen, 1932. — Koschembahr-Lyskowski, Le code civil et la coutume, Révision de la notion de coutume, Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant, pp. 403 - 415. — Spach, Recherches sur la problématique du droit coutumier, Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény, t. II, pp. 277 - 301. — Waline, L'individualisme et le droit, 1949, pp. 249 - 308.

Allen, Law in the making, pp. 62 - 150 — Gray, The nature and sources of the law, pp. 282 - 301.

احمد حشمت أبو ستيت ، أبحاث فى أصول القوانين ، العرف كمصدر من مصادر القانون ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الخامسة ، ص ٦٣٣ — ٦٤٦ .

فاذا تقدمت المدنية وتعقدت الحاجات فى الجماعة ، لم يكن بد للعرف من النزول للتشريع عن مكانه كمصدر أصيل للالزام بالقواعد القانونية ، وان بقى ـ الى جنب التشريع ـ مصدرا تكميليا يلزم بالقواعد القانونية حين يتبدى نقص نصوص التشريع ٠

ذلك هو دور العرف اليوم فى أغلب الدول الحديثة ٠ وليس ينفى ذلك أن العرف ما زال فى بعض الدول كانجلترا ، محتفظا بمكانه كمصدر للقانون ، وان يكن يختلط فيها بأحكام القضاء حيث السوابق القضائية ملزمة ، مما يطويه تحت راية القضاء ويجعل الالزام به على أساس اطراد المحاكم على الحكم بقواعده ، أى يجعل القضاء هو المصدر الرسمى للقانون . وان يكن القضاء هناك ـ نظرا لما للسوابق القضائية من الزام ـ يكاد يرد بدوره الى نوع من العرف هو العرف القضائى ٠

وينبغى ـ لبسط القول فى العرف ـ الوقوف على أركانه ، والكشف عن أساس قوته الملزمة ، والاحاطة بمكانه بين المصادر الرسمية للقانون وبخاصة القانون المصرى ، وبنصيبه المتفاوت فى فروع القانون المختلفة

§ ١ ـ أركان العرف

قلنا ان العرف هو اطراد التقليد على اتباع سنة معينة فى العمل مع الاعتقاد فى الزام هذه السنة كقاعدة قانونية يجب التزامها واحترامها ٠

ومن هذا التعريف يتضح أن العرف يقوم على ركنين أساسيين :

(١) ركن مادى ، يتلخص فى اطراد العمل بسنة أو قاعدة معينة ٠

(٢) ركن معنوى ، يتلخص فىتوافر الاعتقاد فىالزام هذه السنة وضرورة اتباعها (١) .

---

(١) Gény, op. cit., t. I, No. 110, p. 320

١٤٩ ـ الركن المادى ـ اطراد العمل بسنة معينة

يقصد بهذا الركن المادى الدلالة على أن العرف انما يتكون أولا من العمل بسنة معينة ، واطراد العمل بهذه السنة وتواتره ٠

وهذه السنة تنشأ فى الجماعة بمعزل عن توجيه السلطة الحاكمة فيها أو أمرها وتولدها الحاجة اليها فى العمل ، فتنشأ فى العمل نشوءا ذاتيا أو شبه ذاتى ، لايفتعله أو يفرضه أحد كما تفرض التشريع سلطة عامة مختصة مثلا. فاتباع الافراد سنة معينة باطراد انما يكون محض اتباع ذاتى يندفعون اليه اما بدافع الاحساس بضرورة هذه السنة ، واما بدافع الاستحسان لها ، واما بدافع التقليد لغيرهم فى اتباعها .

فالعرف اذن انما يوجد ويولد فى الجماعة مباشرة ويتكون أول الامر من حل معين يطبق فى نزاع معين ، ثم يتبع هذا الحل كلما عرض نفس النزاع ، حتى تستخلص من ذلك سنة متبعة باطراد فى هذا الصدد .

فينبغى اذن أن يتكرر العمل بهذه السنة تكرارا يتضمن معنى الثبات والاستقرار على اتباع مضمونها . وينبغى أن تكون هذه السنة عامة يسود اتباعها بين الافراد لا بمعنى أن تكون شاملة تعنى الجماعة كلها ولكن بمعنى أن تكون عامة فى المكان الذى تتبع فيه باطراد، وأن تكون عامة بالنسبة للاشخاص الذين تتوجه اليهم ، أى أن تتوجه اليهم بصفاتهم لا بذواتهم . فلا يطعن فى عموم السنة اذن كونها محلية أى قاصرة على جزء معين من اقليم الجماعة ، ولا كونها مهنية أو طائفية أى قاصرة على مهنة أو طائفة معينة ، كما هى الحال فى العرف التجارى والعرف الزراعى .

وينبغى فضلا عن ذلك أن تكون هذه السنة قد صارت قديمة (١) بمعنى أن يكون قد مضى على اطراد العمل بها زمن كاف يؤكد تكرارها وعمومها على

---

(١) ومع ذلك ، أنظر فيما يراه بعض الفقهاء من عدم اشتراط القدم لنشوء العرف الدستورى خاصة :
عبد الحميد متولى ، المفصل فى القانون الدستورى ، الجزء الاول ١٩٥٢ ص ١٦٥ — ١٦٩ .

السواء . وتحديد هذا الزمن أمر تقديرى بحت يتوقف على ظروف عــدة ، ولذلك فهو يختلف باختلاف القواعد العرفية وتفاوت موضوعها .

ويرى بعض الفقهاء (١) أن العرف ينبغى أن يكون موافقا للنظام العــام والاداب فى الجماعة . وعندنا أن مثل هذا الشرط لايصدق الا فى حق العرف المحلى والعرف المهنى أو الطائفى (٢) ، حيث قد يتصادم مثل هذا العرف مع ما يستقر فى الجماعة من قواعد متعلقة بالنظام العام والاداب . أما العرف الشامل ، فلا يتأتى القول باشتراط موافقتــه النظام العــام والآداب فى الجماعة (٣) ، لانه هو نفسه ــ باعتباره متكونا فى الجماعة كلها ــ يسهم الى حد كبير فى تحديد مضمون النظام العام والاداب فيها .

وأيا ما كان الامر ، فالعرف بما يتطلب من قدم وتكرار ينتهى الى أن يكون مصدرا بطيئا من مصادر الانتاج القانونى ، وهو بذلك لايملك الاستجابة السريعة لحاجات الجماعات الحديثة المتجددة المتغيرة ومن هنــا يبــدو تفوق التشريع عليه من هذه الناحية .

والعرف ـ باعتباره سنة متبعة فى العمل باطراد ـ لايعدو أن يكون مجرد معنى يستخلص مما هو واقع فى العمل من التواتر على سير أو سلوك معين ، ولهذا كثيرا ما يعوزه الوضوح والتحديد وأن يكن ذلك يزيد فى مرونته . وهو

---

(١) عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، فقرة ٧٣ ــ سليمان مرقس ، فقرة ١٥٢ــ عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ١١٧ ــ محمد على امام ، فقرة ١١٥ .

(٢) وقد عرض على محكمة النقض المصرية أمر التثبيت من موافقة العرف الكنسى الخــاص بنظام الرهبنة ــ وهو عرف طائفى ــ للنظام العام ، فقضت بأن « الرهبنة نظام متبع لدى بعض الطوائف المسيحية فى مصر ، وقد اعترفت به الحكومة المصرية .. وأن من قواعد الرهبنة .. ان الاموال التى تؤول للرهبان عن طريق وظائفهم أو بسببها تصبح ملكا للبيعة ، اذ الراهب يدخل الدير فقيرا مجردا عن كل مال كى يثقف ويربى تربية دينية على حساب الدير راضيا بالنظام الكنسى القاضى بأن كل ما يصيبه من رزق لا يملك فيه شيئا ، بل يكون ملكا للكنيسة ، وهذا التراضى الذى جرى العرف الكنسى باتباعه ليس فيه ما يخالف مبادىء النظام العام أو أحكام القانون فى شىء ما » . (نقض ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ ، مجموعة عمر ، ج ٣ ، رقم ١٥٥ ، ص ٤٣١ وما بعدها) .

(٣) الا أن تكون القواعد المتعلقة بالنظام العام والاداب مقررة بنصوص تشريعية آمرة ، وحينئذ لا تجوز مخالفتها بعرف شامل ، لان العرف أدنى من التشريع فى المرتبة كما سنرى .

يفترق ، فى هذه الناحية عن التشريع الذى تقوم سلطة عامة مختصة بسنه وافراغ معناه فى لفظ يحدده فيعطيه الوضوح والثبات ونص قد يقيده فيجمد به عن مسايرة التطور .

١٥٠ — الركن المعنوى — العقيدة فى الزام السنة المتبعة

لا يكفى — لتكون القاعدة العرفية — وجودها المادى كسنة يطرد اتباعها فى العمل بل ينبغى لها فضلا عن ذلك وجود معنوى أو نفسى ينحصر فى قيام عقيدة — فى نفس من يتبعون هذه السنة باطراد —بالزام هذه السنة ووجوب احترامها كما تحترم القواعد القانونية (١) . وبغير هذا الوجود المعنوى أو النفسى لا يوجد العرف ، وانما يظل مجرد سنة غير ملزمة ، يملك الافراد — حتىولو كانوا يجرون على اتباعها فى العمل باطراد حق مخالفتها كما يشاؤون

وتوافر هذا الركن هو الذى يسمح بالقول بنشوء عرف ، وبتميز العرف بالتالى عما قد يختلط به من أوضاع متشابهة كالعادة الاتفاقية خاصة .

١ — التمييز بين العرف وبين العادة الاتفاقية العرف اذن يتميز أساسا بما يلحقه من صفة ملزمة ناتجة من الاعتقاد فى الزامه نفس الزام القواعد القانونية أى من الاعتقاد فى وجود جزاء أو اجبار عام أو جماعى يكفل احترامه . وعلى هذا النحو يتميزالعرف (la coutume) عن مجرد العادة (l'usage) ، اذ يجتمع للعرف الوجود المادى والمعنوى على السواء أى اطراد السنة والعقيدة فى الزامها معا . ولايجتمع للعادة الا الوجود المادى وحده دون الوجود المعنوى، فتكون مجرد سنة تنقصها عقيدة الالزام وانكانت مطردة فى العمل ، أى تكون مجرد سنة مطردة يتبعها الافراد فى العمل اتباعا لا يقوم على عقيدة الزامية فى ضرورة مراعاتها أو احترامها وانما هو محض اتباع اختيارى من جانبهم .

---

(١) Gény, op. cit., No. 110, p. 320, No. 119, pp. 361 - 364. — Lebrun, thèse précitée. Nos. 220 - 224.

وقيام عقيدة الالزام عند الافراد ، لا يعنى أن الافراد يظهرون بذلك ارادتهم فى انشاء قاعدة قانونية ، فالعرف ليس تصرفا اراديا . (انظر : Lebrun, Thèse précitée, No. 223)

من هنا فلا تسرى العادة فى حق الافراد سريان العرف فى حقهم . فالعرف وهو قاعـــدة قانونية ، يلزم الافـــراد بذاته دون توقف على ارادتهم . أما العادة ــ وهى مجرد واقعة مادية أى مجرد سنة تتبع عادة فى العمل دون أن تسندها عقيدة فى الزامها ــ فلا تكون لها قدرة على الزام أى فرد كان ، الا أن يريد الفرد الالتزام بها ، وتظهر ارادته هذه صراحة أو ضمنا . وحينئذ لا يكون الزام العادة الزاما ناشئا عن وجودها كقاعدة قانونية لها قوة ذاتية ملزمة ، وانما هو الزام ناشىء من التزام بعض الافراد بها وقبولهم اتباعها بمحض ارادتهم واتفاقهم . اى أن العادة لا يكمن الزامها فى قوتها الذاتية ككل قاعدة قانونية ، وانما يستمد هذا الالزام من ارادة المتعاقدين واتفاقهم . لذلك جرى الاصطلاح على تسمية العادة باسم « العادة الاتفاقية » L'usage conventionnel

ومن أمثلة العادة مايطرد عليه العمل فى بعض المدن من أن المستأجر هو الذى يتكفل بثمن استهلاك المياه ، وما يطرد عليه العمل عكس ذلك فى مدن أخرى من أن المؤجر هو الذى يتكفل بهذا الثمن (١) . وكذلك ماتجرى به العادة فى بيع بعض أنواع الفاكهة بسعر المائة حبة ، من احتساب المائة مائة وعشرين بحسب المناطق والجهات . وكذلك ما تجرى به العادة من توزيع الارباح بين الشركاء بنسبة الثلثين للشريك الذى قدم رأس المال وبنسبة الثلث للشريك الذى قدم العمل

فينبغى للاخذ بحكم العـــادة اذن انصراف ارادة المتعاقدين الى التقيـــد والالتزام بهـــا انصرافا صريحا ، أو ـــ كما هو الغـــالب ـــ انصرافا ضمنيا

---

(١) ولا يمنع وجود نص ــ كنص المادة ٢/٥٦٧ من التقنين المدنى المصرى ــ بشأن من يتحمل بهذا الثمن من المتعاقدين ، من اعمال العادة ولو كانت مخالفة للنص ، طالما انه نص مكمل لا آمر ، وطالما يثبت انصراف ارادة المتعاقدين ــ ولو انصرافا ضمنيا مستخلصا من الظروف ــ الى الاخذ بالعادة (أنظر كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ص ٣٣٨ ، وقارن : عبـــد الفتاح عبد الباقى ، هامش «١» ص ١٥٩ ــ وأنظر بوجه عام فى قدرة العادات الاتفاقية ــ نتيجـــة انصراف الارادة الى الاخذ بها ــ على مخالفة القواعد القانونية المفسرة أو المكملة بما يمنع من انطباقهـــــا :

Gény, op. cit., t. No. 132, p. 426.

يستخلص من مختلف ظروف التعاقد كمكان العقد وزمانه والغرض من التعاقد ومركز المتعاقدين ومعاملاتهما السابقة (١) . فاذا لم تنصرف ارادة المتعاقدين صراحة ولا ضمنا الى الالتزام بالعادة ، فلا الزام لها عليهما . وعلى هذا النحو تفترق العادة الاتفاقية عن القاعدة القانونية المكملة (٢) ، فتكون العادة ملزمة باتجاه ارادة المتعاقدين الى اتباعها والالتزام بحكمها ، وتكون القاعدة القانونية المكملة ملزمة — على العكس من ذلك — بانصراف اردة المتعاقدين عن مخالفتها (٣) .

واذا كانت القواعدالعرفية — ككلالقواعد القانونية — اما قواعد آمرة(٤) وأما قواعد مكملة ، فقد تدق التفرقة بين العادة الاتفاقية وبين القاعدةالعرفية المكملة . ولكن فضلا عما يفرق بينهما من توافر عقيدة الالزام فى الثانية دون الاولى ، فانالتمييز بينهما يظل قائما علىالاساس الذىأقمنا عليه التفرقة بين العادة وبين القاعدة القانونية المكملة بوجه عام ، فبينما لاتلزم العادة الاتفاقية الا بانصراف ارادة المتعاقدينالى الاخذ بها ،اذ بالعرف المكمل — على النقيض من ذلك — يلزم اذا لم يتفق المتعاقدان على خلافه .

ويراعى أن المشرع كثيرا مايحيل على العادات الاتفاقية ، وان كان يترخص فى تسميتها غالبا باسم العرف . وحينئذ تستمد العادة الاتفاقية الزامها من نص المشرع لا من انصراف ارادة المتعاقدين الى الاخذ بها (٥) .

---

(١) Gény, op. cit., No. 131, p. 424.
عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، فقرة ٧٨ — عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ١٢٥ ، ص ١٦١ .

(٢) أنظر عكس ذلك :
Marty et Raynaud, Droit civil, t. I, 1956, No. 114, p. 191.

(٣) فى هذا المعنى :
Gény, op. cit., No. 134, p. 423.

(٤) من امثلة القواعد العرفية الامرة ما كان موجودا فى مصر من قبل من قواعد عرفية مثبتة للاجانب التمتع ببعض الحقوق والامتيازات ، وما يوجد من عرف فى بعض الدول بتسمية الزوجة بلقب زوجها .

(٥) فى هذا المعنى .
سليمان مرقس ، فقرة ١٤٦ . — عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ١٢٨ . — محمد على امام ، فقرة ١٢٠ .
وانظر عكس ذلك :
عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، فقرة ٧٨ .

٢ ـ نتائج التفرقة بين العرف وبين العادة الاتفاقية : اذا كانت الفـــرقة واجبة بين العرف وبين العادة الاتفاقية على النحو السابق ، من كون العرف ينشىء قاعدة قانونية بينما العادة تعتبر مجرد واقعة مادية يأتيها الالزام من ارادة المتعاقدين وقصدهما الالتزام بها ، فانه تنبنى على هذه التفرقة نتـــائج بعيدة المدى نذكر أهمها فيما يلى :

(١) يفترض العرف ــ ككل قاعدة قانونية ــ العلم به فلا يقبل ــ كمبدأ عام ــ الاعتذار بجهل أحكامه. أما العادة الاتفاقية ــ وهىمجرد واقعة مادية لا تستمد قوتها الملزمة من ارادة المتعاقدين ــ فتفترض ، لامكان تطبيقها أن يكون المتعاقدان على علم بها وبينة منها ، فهى لاتطبق اذا جهل المتعاقدان أو أحدهما وجودها ، اذ فى هذه الحالة لايمكن أن تكون ارادتهما قد انصرفت الى التقيد بأحكامها (١) .

(٢) يكون القاضى ــ باعتباره مكلفا بتطبيق القانون ــ ملزما منتلقاء نفسه بتطبيق العرف بوصفه قاعدة قانونية فى الدعاوىالمرفوعة أمامه ، حتى ولو لم يطلب الخصوم ذلك أو يتمسكوا به ، ولذلك لا يكون الخصـــوم ملزمين فى الاصل كما سنرى باثبات العرف . بينما ينبغى التمسك بالعادة الاتفاقية من قبل الخصوم لامكان تطبيق القاضى لها فى حقهم ، اذ هى فى مقام الشرط الصريح أو الضمنى فى العقد . ويقع حينئذ على من يتمسك بالعادة الاتفاقية من الخصوم واجب اثباتها (٢) ، فيثبت وجودها المادى كسنة مطردة فى العمل ثم يثبت انصراف ارادة المتعاقدين الى التقيد بأحكامها (٣) .

---

(١) Gény, op. cit., No. 133, p. 425.

(٢) Gény, Ibid.

(٣) فى هذا المعنى :

سليمان مرقس ، فقرة ١٥٣ ــ عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ١٢٥ ، ص ١٦٢ .

وقارن مع ذلك :

عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى ، ج ٢ ، الاثبات ، آثار الالتزام ، ١٩٤٦ ، فقرة ٣٨ .

(٣) لما كانت العادة الاتفاقية لا تلزم الا باتجاه ارادة المتعاقدين الى التقيد بأحكامها ، فينبغى أن يكون قاضى الموضوع — على خلاف الحال فى العرف كما سنرى — مطلق السلطان فيما يقضى به من وجود العادة أو تطبيقها ، لا معقب لمحكمة النقض عليه فى ذلك (١) .

ومهما يكن من أمر التفرقة بين العرف وبين العادة الاتفاقية ، فالثابت أن العادة تنتهى فى كثير من الاحيان الى أن تصير عرفا ، حينما تحل ارادة جماعية مشتركة محل الارادات الفردية فى اعتقاد ضرورة التقيد بها ، أى حينما ينفصل الالزام الذى يصاحب العادة عن ارادة المتعاقدين ليصبح الزاما عاما يقوم على عقيدة عامة فى وجوب احترام السنة التى تجرى بها العادة ووجوب كفالة هذا الاحترام بقوة الجماعة أو الدولة ، فتصبح العادة بذلك قاعدة قانونية عرفية ملزمة بذاتها (٢) .

١٥١ — اثبات العرف

قلنا ان العادة الاتفاقية يقوم باثباتها من يتمسك بها من الخصوم · أما العرف فعلى العكس من ذلك ، لا يقع اثباته على الخصم الذى يطلب تطبيقه، لانه قاعدة قانونية ، والمفروض فى القاضى العلم بالقواعد القانونية فلا يملك تكليف أحد باعلامه بها أو اثباتها له .

ورغم ذلك ، فلئن كان العرف كالتشريع يعتبر قاعدة قانونية ، الا أنه ينبغى التسليم بأن معرفة التشريع أيسر على القاضى من معرفة العرف ، اذ التشريع نصوص مدونة فى وثائق معلومة ومنشورة ، بينما العرف لايعدو أن يكون مجرد معنى يستخلص مما يجرى عليه العمل فى الجماعة كسنة ملزمة ، مما يتعذر معه التعسير على القاضى بالزامه الاحاطة بها احاطة شاملة كاملة ،

---

(١) فى هذا المعنى :

حامد فهمى ومحمد حامد فهمى ، النقض فى المواد المدنية والتجارية ، ١٩٣٧ ، فقرة ١٧ ، ص ٨٥ و ٨٦ ·

(٢) Gény, op. cit., No. 133, pp. 430, 431.

خاصة وهو غالبا عرف محلى او طائفى يختلف باختلاف الجهات واختلاف الطوائف . من أجل ذلك يكون للقاضى أن يتوسل بكل الطرق الموصلة الى الوقوف على العرف : فله أن يكلف الخصم الذى يدعى وجود قاعدة عرفية ويطالب بتطبيقها فى موضوع النزاع ، القيـام باثبات وجودهـا وتحـديد مضمونها ، بل الغالب فى العمل أن يبادىء هذا الخصم فيقوم باثبات وجود القاعدة العرفية التى يدعيها دون انتظار لتكليف القاضى له بهذا الاثبات(١) .

وللقاضى كذلك — اذا كان العرف خاصا بمهنة معينة — أن يستدل على وجود العرف بالرجوع الى أهل الاختصاص فى هذه المهنة . فهو فى العرف التجارى مثلا يستنير بماتعطيه الغرف التجارية من شهادات مكتوبة فى هذا الشأن (٢) . ولا يعنى ذلك أن مثل هذه الشهادات لها حجية مطلقة فى اثبات العرف مما يلزم القاضى بالحكم وفقها ، اذ يبقى للخصم الاخر حق الطعن فيها واقامة الدليل على عكسها ، والقاضى من فوق ذلك يفصل فى الامر بما له من سلطة تقديرية .

١٥٢ — رقابة محكمة النقض على وجود العرف وتطبيقه

قلنا ان القاضى مطلق السلطان لا معقب عليه فى قضائه حيث يحكم بوجود العادة الاتفاقية أو بتطبيقها ، لان العادة الاتفاقية — وهى مجرد واقعة مادية — تعتبر مسألة موضوعية لقاضى الموضوع الرأى الاعلى والنهائى فيها فلا رقابة لمحكمة النقض عليه فى تقديره .

أما العرف ، فينبغى كمبدأ عام ، أن يخضع حكم قاضى الموضوع — بشأن وجوده وبشأن تطبيقه على السواء — لرقابة محكمة النقض ، لانه ليس الا

---

(١) فى هـذا المعنى :

Gény, op. cit., No. 118.

(٢) فى هـذا المعنى :
مصطفى كمال طه ، القانون التجارى ، الجزء الاول ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٦ ، فقرة٢٣ .

قاعدة قانونية ، فيكون لمحكمة النقض — وهى الرقيبة على صحة تطبيق القانون — حق التثبيت من وجود أو عدم وجود العرف حين يكون وجوده محل منازعة ، وحق التثبت كذلك من صحة تطبيق قاضى الموضوع أياه حين يكون وجوده بمنأى عن الخلاف .

واذا كان هذا المبدأ يبدو سليما نظرا لما قدمناه من اعتبار العرف مصدرا رسميا للقواعد القانونية،الا أن ذلك لم يمنع الفقه والقضاء من المنازعةفيه. فقضت محكمة النقض الفرنسية بعكسه منذ قديم ، وشايعها فى قضائها جمهور الفقهاء الفرنسيين فى القرن الماضى ، بحيث غدا مستقرا حينئذ أنه ، فيما عدا الحالات التى تحيل فيها نصوص التشريع صراحة على العرف ، ليس ثم رقابة لمحكمة النقض على قضاة الموضوع فيمـــا يقضون به من وجود العرف أو من تطبيقه(١) .

ولكن تطرف هذا الرأى وعدم استقامته مع منطق اعتبار العرف مصدرا رسميا للقانون ، لم يلبث أن حدا بكثير من الفقهاء الى الحد من اطلاقه ، فذهبوا الى اعطاء محكمة النقض سلطة الرقابة على تطبيق العرف ، دون سلطة الرقابة على وجوده التى تظل متروكة لقضاة الموضوع دون معقب(٢).

واذا كان هـــذا الرأى يستجيب استجابة صحيحة لمنطق اعتبار العرف مصدرا رسميا للقانون فيما يوجبه من اخضاع تطبيق العرف لرقابة محكمة النقض ، الا انه لا يستجيب لهذا المنطق استجابة كاملة حيث لا يزال يترك لقضاة الموضوع السلطة النهائية فى التثبت من وجود العرف . ولا تنهض

---

(١) Gény, op. cit., t. II, No. 179, pp. 200, 201.

(٢) راجع فى الاشارة الى هذا الرأى فى القانون الفرنسى :

Gény, op. cit., t. II, No. 179, p. 201.

وانظر فى الاخذ به فى القانون المصرى :

حامد فهمى ومحمد حامد فهمى . المرجع السابق ، فقرة ١٧ ص ٨٦ و ٨٧ — عبـــد المنعم فرج الصده ،الاثبات فى المواد المدنية ، فقرة ٢٤ .

الحجج المقدمة فى هذا الشأن لتبرير النظر الى وجود العرف نظرة مختلفة عن تطبيقه(١) ، فالتسليم باعطاء محكمة النقض حـق الرقابة على صحة تطبيق العرف ، يقتضى منطقا وبداهة وجوب تحققها أولا من وجود هذا العرف الذى تتعرض لرقابة صحة تطبيقه .

وبذلك نستطيع أن نؤكد ما أسلفناه من حق محكمة النقض فى بسط رقابتها على الاحكام القضائية فيما تقضى بـه من وجود العرف ومن تطبيقه على السواء (٢) .

§ ٢ — أساس قوة العرف الملزمة

١٥٣ ـ اختلاف النظر الى اساس الزام العرف

اذا اجتمع للعرف ركناه ، ركنه المادى من تواتر السير على سنة معينة فى الجماعة،وركنه المعنوى من الاعتقاد فى الزام هذه السنة،خرجت منهقاعدة قانونية ملزمة هى القاعدة العرفية.بقى أن نتساءل عن أساس قوة العرف

---

(١) فمن ذلك ما يقال من أن التثبت من وجود العرف مسألة موضوعية لا مسألة قانونية ، مما يوجب أن يستأثر بهـا نهائيا قاضيها الاصيل أى قاضى الموضوع . ولكن القواعد العرفية كما قدمنا قواعد قانونية ، كالقواعد التشريعية سواء بسواء . واذا كان لا خلاف على سلطة محكمة النقض فى التثبت من وجود قواعد التشريع التى يقضى بهـا قضاة الموضوع ، فيجب أن يكون الحال كذلك فى شأن القواعد العرفية التى تشترك معها فى كونها قواعد قانونية ، دون أن يغير من ذلك ما قد يتطلبه التثبت من وجود القواعد العرفية من فحص دقيق للوقائع لا يتطلب مثله التثبت من وجود القواعد التشريعية .

ومن المغالطة أن يقال أن محكمة النقض تنزلق بذلك الى ميدان الوقائع وهو غير ميدانها . فانه اذا كان من الطبيعى أن يمتنع على محكمة النقض — وهى ليست محكمة وقائع — بسط رقابتها على وقائع الدعوى أى على الوقائع التى تكون محلا لاعمال القواعد القانونية ، فليس يمتنع عليها — بل يكون من واجبها — التثبت من الوقائع المكونة للقواعد القانونية التى ينـاط بها السهر على صحة تطبيقها.فمسئوليتها عن رقابة تطبيق القانون ، تقتضيها حتما التثبت من وجوده باعتبار ذلك مسألة أولية لازمة ، حتى ولو كان من شأن هذا التثبت التعرض للوقائع المولدة للقانون ، ويستوى فى ذلك أن يكون العرف أو التشريع هو مصدره .

وانظر فى ذلك وفى مناقشة ما يقال من حجج أخرى : كتابنا سالف الذكر ، ص ٣٤٥ و ٣٤٦.

(٢) أنظر فى الاخذ بهذا الرأى فى القانون المصرى خاصة :
عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، الجزء الثانى ، ص ٥٣ (الهامش) . — عبد الباسط جميعى ، نظام الاثبات فى القانون المصرى ، ص ٨١ و ٨٢ . — محسن شفيق ، القـانون التجارى المصرى ، الجزء الاول ، ١٩٤٩ ، فقرة ٣٠ — مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقـرة ٢٣ .

الملزمة أى عن الاساس الذى يجعل من العرف شكلا ملزما أو مصدرا رسميا للقواعد القانونية ، وفى هذا الصدد نجـد نظريات مختلفة نعرض لهـا ولمناقشتها فيما يلى :

١٥٤ ــ تأسيس الزام العرف على ارادة المشرع الضمنية

أول ما نصادف فى هذا الشأن نظرية قديمة(١) ، تكاد تكون مهجورة اليوم فى الفقه ، تذهب الى أن مبعث الزام العرف هو قيام الدولة على كفالة احترامه بقوتها المادية ، بمعنى أن العرف يجد أساس قوته الملزمة فى رضا المشرع عنه وفى قيامه على تطبيقه ، فيعتبر بذلك مجرد ارادة ضمنية له كما يعتبر التشريع ارادته الصريحة .

وواضح أن مثل هذه النظرية انما تقوم على أساس المذهب الشكلى فى تصوير القانون · فقد كان من شأن هذا المذهب اعتبار القانون وليد ارادة الدولة ومشيئتها ، بحيث لا يتصور وجود القانون دون استناد الى هذه الارادة أو المشيئة · ومن هنا ، لم يجد الفقهاء الشكليون مفرا ــ أمام ما يوجد من قواعد قانونية ملزمة يجرى بها العرف فى الجماعة ــ من محاولة اسناد هذه القواعد الى ارادة الدولة أو المشرع حتى يستقيم منطقهم من انكار صفة القواعد القانونية على كل قاعدة لا تخرج من هذه الارادة · ولذلك كان طبيعيا ، حتى يعترفوا للقواعد العرفية بوصف القواعد القانونية ، أن يعتبروها ارادة ضمنية للمشرع ، اذ ما دام المشرع لا يعترض على العرف المتكون فى الجماعة بل يقوم على تطبيقه والزام الافراد باحترامه ، فمعنى ذلك أن ارادته تنصرف ضمنا الى اقرار هذا العرف .

ويكفى لرفض هذه النظرية ما قدمناه فى تفنيد المذهب الشكلى الذى تخرج

---

(١) انظر خاصة فى الاشارة الى هذه النظرية :

Gény, op. cit., t I, No. 114. — Lebrun, thèse précitée, Nos.146 - 149.

منه (١) . ويعزز هذا الرفض — بالاضافة الى فساد تصوير القانون الذى تقوم هذه النظرية على أساسه — أنها تخالف الثابت المسلم من أن العرف كان أسبق فى الوجود تاريخيا من التشريع ، مما يثبت أنه مصدر مستقل عنه متصور وجوده دون اقرار المشرع له أو رضاه عنه . وبذلك يظهر عجز هذه النظرية عن تبرير قوة العرف الملزمة فى الجماعات البدائية التى لم تكن قد عرفت المشرع بعد (٢) .

ومن هنا ، نستطيع القول بأن العرف لا تقوم قوته الملزمة على أساس أن المشرع أو الدولة ترضى عنه فتقره بذلك ضمنيا ، وانما — كما سنرى — على أساس أن له قوة ملزمة ذاتية تفرض نفسها على المشرع أو الدولة . فالعرف اذن لا يكون ملزما لان الدولة تقره وتطبقه ، وانما تقوم الدولة بتطبيقه لانه ملزم بذاته من قبـــل .

١٥٥ — تأسيس الزام العرف على « الضمير الجماعى »

يستند هذا التأسيس الى تصوير المذهب التاريخى للقانون (٣) ، القائم على أن القانون ينشأ ويتطور آليا نتيجة ما يتفاعل فى ضمير الجماعة من عوامل مختلفة ، مما حدا به الى تفضيل العرف على التشريع ، باعتبار العرف وسيلة التعبير المباشرة والتلقائية عن « الضمير الجماعى » الذى يخرج منه القانون ، بينما التشريع هو وسيلة هذا التعبير غير المباشرة . وبذلك انتهى المذهب التاريخى الى أن يسند قوة الزام العرف الى « الضمير الجماعى » (٤) ، وأن يحل هذا الضمير — فى تأسيس هذه القوة — محل « ارادة المشرع » التى كان يتمسك بها المذهب الشكلى (٥) .

---

(١) راجع ، سابقا ، فقرة ٤٧ .

(٢) Lebrun, thèse pricitée, No. 160.

(٣) راجع سابقا ، فقرة ٦٥ .

(٤) Gény, op. cit., No. 115, p. 341.

(٥) Lebrun, thèse précitée, No. 165.

وليس من شك فيما كان للمذهب التاريخي من فضل ـ من هذه الناحية ـ فى ابراز أهمية العرف كمصدر للقانون (١) ، وكمصدر سابق فى الوجود على التشريع وهو ما أغفلته النظرية السابقة . ولكن الحكم على نظرته الى أساس قوة العرف الملزمة يرتبط بنظرته الى تكوين القانون ، وقد أظهرنا من قبل ما فى هذه النظرة من مغالاة وقصور (٢) . فضلا عن أن تأسيس الزام العرف على « الضمير الجماعى » لا يفيد أو يقدم كثيرا ، نظرا لما يحيط فكرة « الضمير الجماعى » من غموض وابهام يجعل وجود هذا الضمير محلا للشك (٣) .

١٥٦ ـ تأسيس الزام العرف على أحكام القضاء

وثم نظرية أخرى تذهب الى أن أساس قوة العرف الملزمة هو قضاء المحاكم بتطبيقه ، اذ ترى أن الزام العرف لا ينشأ من تلقاء نفسه ، وانما ينشئه القضاء انشاء ويطبقه فيما يرفع اليه من منازعات . أى أن العرف لا يتكون الا بعد حكم المحاكم به ، فالقضاء هو الذى يكونه ويخلقه بما يسبغ عليه من قوة الزامية .

وتجد هذه النظرية أنصارا كثيرين ، ليس فقط فى القانون الانجليزى حيث قد تلتمس تأييدا لها فى نظام السوابق القضائية المقرر فى هذا القانون ، بل كذلك لدى بعض الفقهاء الفرنسيين رغم خلو القانون الفرنسى من نظام السوابق القضائية .

وأبرز الفقهاء الفرنسيين المؤمنين بهذه النظرية والداعين لها لامبير (Lambert) (٤) . فهذا الفقيه يستقرىء التاريخ ، ليخلص الى أن العرف فى الجماعات البدائية لم يخرج ـ خلافا للشائع ـ من العادة

---

(١) Lebrun, thèse précitée, No. 166.
عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، فقرة ٧٥ .

(٢) أنظر سابقا ، فقرة ٦٦ .

(٣) فى هذا المعنى :
Gény, op. cit., t. I, No. 115, p. 344. — Lebrun, thèse précitée, No. 168.

(٤) Lambert, La fonction du droit civil comparé, t. I, 1903.
وانظر كذلك فى عرض نظرية هذا الفقه :
Waline, op. cit., Nos. 153 - 157, pp. 274 - 283 — Lebrun, thèse précitée, Nos. 184 - 190.

الشـعبية **L'usage populaire** وانمـا خـرج مـن أحكام الكهنـة القضاة **Les prêtres - juges** الذين كانوا يستمدون سلطتهم فى القضاء من صفتهم الدينية ، نظرا لاختلاط القانون بالدين حينئذ ٠ ولم يتغير الحال من بعد ، حين أصبح القضاة مدنيين يستمدون سلطانهم فى القضاء من الدولة لا من الدين ٠ فاجتماع الجماعة على قاعدة قانونية (عرفية) لا يكون اذن تلقائيا ، اذ مصالح الافراد مختلفة ، والنظرة عندهم الى ما يجب من قواعد لحكم علاقاتهم لابد بالتالى وأن تكون متباينة ، ولا ينحسم الامر الا بتدخـل سلطة اجتماعية هى السلطة القضائية . فاذا اطردت أحكام هذه السلطة واستقرت على القواعد الواجبة ، كان قولها القول الفصل الذى ينزل الجميع عند حكمه ، سواء كان ذلك عن اقتناع أو عن تسليم ، أمام مالهذا القضاء المستقر من حجية ملزمة ٠ وبذلك لا يأتى اجتماع الافراد وتضافرهم على العمل بهذه القواعد الا لاحقا لحكم القضاء بها واستقراره عليها ٠ ولا ينفى هذا التصوير أن القضاء لا يتحكم فى فرض هذه القواعد المسماة بالقواعد العرفية ، وانما يستلهم فى فرضها الاتجاهات والافكار السائدة فى الجماعة حينئذ ، اذ يبقى له وحده سلطة اعطاء وصف القواعد القانونية لما يوجد فى الجماعة من عادات مختلفة مبهمة مجردة من القيمة القانونية(١) ٠ فاذا كان للجماعة دور اذن فى شأن هذه القواعد ، فهو ليس على أى حال دور الخالق السابق ، وانما هو دور المنضم اللاحق ٠

ولكن هذه النظرية بدورها غير سليمة ٠ فليس ثم ما يقطع تاريخيا بأن العرف قد استمد الزامه من أحكام القضاء به كما تدعى هذه النظرية ٠ بل يبدو من المسلم أن بعض القواعد العرفية ـ على الاقل ـ قد تكون كقواعد قانونية ملزمة من قبل تدخل القضاء(٢) ، أو حتى دون حاجة الى هذا التدخل(٣) كما هو الشأن فى بعض قواعد العرف المهنى(٤) ٠

---

(١) Waline, op. cit., No. 157, pp. 282, 283.

(٢) Lebrun, thèse précitée, No. 197. — Gény, op. cit., t. II, No. 192, p. 264.

(٣) Waline, op. cit., No. 163.

(٤) Marty et Raynaud ,op. cit., t. I, No. 114.

فضلا عن أن النظر الى القضاء باعتبار أن وظيفته هى تطبيق القانون ، تفترض نشوء القانون بمعزل عن القضاء ومن قبل تدخله لكى يستطيع من بعد القيام بوظيفته فى تطبيقه ، وليس من الطبيعى كذلك أن يكون ما يستند اليه القضاة ويطبقونه فى منازعات الافراد هو ما يضعونه بأنفسهم من قواعد(١) ٠

فالقضاء اذن لا ينشىء العرف ، لان العرف انما ينشأ فى الجماعة وتقوم العقيدة فى الزامه فى أذهان الناس ، ثم يجرون على اتباعه من قبل أن يرفع الامر الى القضاء ٠ فاذا رفع الامر الى القضاء وحكم بالعرف ، فهو انما يحكم بقاعدة قانونية موجودة أصلا ، كما يفعل حين يحكم بقاعدة تشريعية ثابتة بنص من النصوص المدونة ٠ أى أن القضاء لا ينشىء العرف أو يخلقه بحكمه به ، وانما هو يكتشف عن وجوده كقاعدة قانونية ملزمة . ومتى كان العرف موجودا ، أصبح القضاء ملزما بتطبيقه ، اذ يجد نفسه أمام قاعدة قانونية ملزمة ، ووظيفته هى تطبيق القانون ٠ ومن هنا فليس صحيحا القول بأن العرف يوجد لان المحاكم تطبقه ، بل الصحيح هو القول بأن المحاكم تطبقه لانه موجود ٠ وبذلك لا يكون الزام العرف هو المؤسس على حكم القضاء به ، وانما يكون هذا الحكم هو المؤسس على الزام العرف ٠

دور القضاء فى تحديد مضمون العرف وتدعيم قوته الملزمة : اذا كان جمهور الفقهاء(٢) يتفقون على رفض هذه النظرية لما قدمنا من أسباب ، ولا يعترفون للقضاء بالقدرة على خلق العرف بحيث يقتصر على مجرد اظهاره والكشف عنه ، فان دور القضاء من هذه الناحية لا يزال ـ رغم ذلك ـ غير منكور فى تحديد مضمون العرف وفى تعزيز قوته الملزمة على السواء .

فالعرف ـــ كما سبق البيان ـــ يعوزه غالبا الوضوح والتحديد لانه مجرد معنى يستخلص من تواتر العمل فى الجماعة بسنة ملزمة ٠ فاذا طلب الى القضاء

---

(١) Gény, op. cit., t. II, No. 192, p. 266.

(٢) Waline, op. cit., Nos. 162 - 165. — Gény, op. cit., t. I, No. 116, p. 366; t. II. No. 192. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I. No. 114.

تطبيقه ، أتيحت الفرصة لازالة الغموض والابهام عنه ، اذ يتوفر القضاء على تمحيص حقيقة العرف للوصول الى استقصاء معناه الحقيقى كما يوجد فى الجماعة والحكم طبقا لهذا المعنى ، فكأن القضاء اذن يعين على ضبط معنى العرف وتحديده ٠

وكذلك فللقضاء دور كبير فى تدعيم قوة الزام العرف ، فلئن كانت هذه القوة كامنة فى عقيدة الافراد بحيث لا يخلقها القضاء ، الا أنها تجد التطبيق العملى لها على يد القضاء ، مما يزيد فى تأكيدها وتدعيمها واقبال الافراد على احترام العرف(١) ٠

١٥٧ ــ قوة الزام العرف الذاتية

فالثابت اذن أن العرف لا يستمد قوته الملزمة ، لا من المشرع الذى يرضى عنه أو الدولة التى ترصد قوتها على كفالة احترام أحكامه ، ولا من الضمير الجماعى ، ولا من القضاء الذى يحكم بقواعده ٠ وانما للعرف ــ كما يتجه الفقه الحديث ــ قوة الزام ذاتية مستمدة من الضرورة الاجتماعية التى تفرضه وتحتم وجوده(٢) حين لا يوجد تشريع كما فى الجماعات البدائية ، أو حين يكون التشريع ناقصا ــ والنقص فيه طبيعى وفطرى ــ كما فى الجماعات الحديثة ٠ فالواقع أن العرف هو الوسيلة الفطرية الطبيعية لكل جماعة فى حكم السلوك فيها ، وفى التصدى لتنظيم ما قد يستعصى على التشريع تنظيمه أو ما يتأخر التشريع عن تنظيمه ٠

وفضلا عن ذلك فقد يسهم فى اعطاء العرف قوة ملزمة ذاتية اعتبارات كثيرة منها ما للقديم من التقاليد من حرمة وهيبة فى النفوس ورهبة غريزية من مخالفتها ، وما تقتضيه حاجة الامن والاستقرار فى المعاملات من تطبيق السنة

---

(١) فى هـذا المعنى :

Marty et Raynaud, ibid.

(٢) Gény, op. cit. t. I, No. 116, p. 345 — Lebrun, thèse précitée, No. 212. — Roubier, op. cit., No. 1, p. 9.

التى جرى الناس على اتباعها زمنا طويلا باعتبارها سنة ملزمة ، وما فى العرف ـ وهو الذى يتبعه الناس عامة ، من يستفيدون منه ومن يضارون به على السواء ـ من قرينة على تحقيق العدل واقامة التوزان بين المصالح الفردية المتعارضة(١) ٠

§ ٣ ـ مكان العرف بين المصادر الرسمية للقانون

١٥٨ ـ مقام العرف فى القانون الحديث

قلنا ان العرف كان أقدم المصادر الرسمية للقانون وجودا ، وظلت له الغلبة والهيمنة على بقية المصادر الاخرى التى مالبثت أن ظهرت الى جواره . ثم انتشرت المدنية وتعقدت حاجات الجماعات ومطالبها، مما عجز معه العرف عن الاحتفاظ بمركزه الاسمى بين المصادر الرسمية ، فتخلى عنه ٠ واحتله التشريع بدلا منه فأصبح اليوم ـ فى أغلب الدول الحديثة ـ هو أول مصادر القانون الرسمية وأهمها . ولم تبق للعرف اليوم من أهمية تفوق أهمية التشريع الا فى بعض دول محدودة ولظروف خاصة بها .

وفى أغلب الدول حيث يعظم نصيب التشريع من الانتاج القانونى،تستحيل مسايرة المذهب التاريخى فى منطقه من تقديم العرف عليهفى المرتبة وتمكينه من مخالفته أو الغائه ، باعتبار أن العرف هو تعبير مباشر عن ضمير الجماعة والتشريع مجرد تعبير غير مباشر عنه ، فمثل هذا النظر يتنافى مع المذهب الاجتماعى ـ السائد فى العصر الحديث ـ بما دفع اليه من تدخل الدولة وهيمنتها على كافة الروابط والعلاقات الاجتماعية ٠

فضلا عن أن طبيعة العرف نفسه تجعله أضعف من التشريع ، فهو مصدر انتاجه القانونى بطىء لا يسعف الجماعات الحديثة فى الاستجابة لحاجاتها الدائمة التجدد بالسرعة الواجبة ٠ وقواعده ينقصها الوضوح والتحديد ، مما يتعذر معه تحقيق النظام والامن والاستقرار فى المعاملات ٠ وتكوينه الذاتى

---

(١) Gény, op. cit., t. I, No. 116, p. 345, 346.

دون ارادة واعية بصيرة تقوم على صياغته ووضعه ، لا يؤمن معه اسرافه أو شططه أو انعدام التناسق بين قواعده · فمن هذه النواحى تظهر أفضلية التشريع على العرف ، اذ تجتمع له ـ بما يقوم على وضعه من هيئات مختصة ـ سرعة الانتاج القانونى ، ودقة الصياغة والتحديد بما يكفل استقرار المعاملات ، وحسن التناسق بين قواعده ·

١٥٩ ـ تقدم مرتبة التشريع على العرف فى القانون المصرى

وأياما كان الامر ، فلا خلاف فى القانون المصرى على تقدم مرتبة التشريع على العرف ، اذ ينص المشرع المصرى صراحة على وضع التشريع فى المرتبة الاولى بين مصادر القانون الرسمية ، ومن بعده يأتى العرف لاكمال ما قد يقوم بالتشريع من نقص ، مما يجعل العرف مصدرا رسميا تكميليا للمصدر الرسمى الاصلى وهو التشريع · فالمادة الاولى من التقنين المدنى المصرى الحالى ـ بعد أن تحيل القاضى أولا الى نصوص التشريع فى فقرتها الاولى ـ تعود فى فقرتها الثانية فتعدد المصادر الاخرى التى يلتمس فيها القاضى القواعد القانونية ان أعوزه النص ، وتجعل العرف فى مقدمة هذه المصادر ، اذ تقول « فاذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ··· » ·

والعرف على هذا النحو يعتبر فى القانون المصرى مصدرا رسميا تكميليا ، يلجأ اليه فى حال نقص نصوص التشريع لاكمال هذا النقص .

١٦٠ ـ نتائج تخلف المرتبة بالعرف عن التشريع

ينبنى بداهة على تأخر مرتبة العرف عن مرتبة التشريع فى القانون المصرى أن العرف لا يملك كقاعدة عامة الغاء التشريع أو مخالفته ، وان كان التشريع ـ على العكس من ذلك ـ يملك مخالفة العرف والغاءه.وهذه النتيجة المنطقية لتدرج المرتبة بين التشريع والعرف ، تستخلص كذلك من نص المادة الثانية من التقنين المدنى على أنه « لايجوز الغاء نص تشريعى الا بتشريع لاحق.. ». فغنى عن البيان ـ كما تقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى لهذا التقنين فى هذا الشأن ـ « أن النص على عدم جواز نسخ التشريع الا بمقتضى تشريع

آخر يستتبع عدم جواز نسخ النص التشريعى بمقتضى عرف لاحق»(١). واذا كان واضحا عدم قدرة العرف على الغاء التشريع ، فعدم قدرة العرف على مخالفة التشريع أمر يحتاج الى تفصيل ويقتضى التمييز بين التشريع الامر والتشريع المكمل .

(١) عدم قدرة العرف على مخالفة أو الغاء نصوص التشريع الآمرة :

الثابت اذن أن العرف — كمبدأ عام — لا يملك مخالفة التشريع أو الغاءه . وهذا المبدأ — فيما نرى — مطلق بالنسبة لنصوص التشريع الآمرة، مايحمى منها مصالح خاصة ، وما يحمى منها مصالح عامة أو مصالح أساسية للدولة على السواء . فلا نقر ما يراه بعض الفقهاء(٢) من جواز مخالفة العرف لنصوص التشريع الآمرة المقصود منها حماية مصالح خاصة ، لان مثل هذه النصوص لا تقل عن النصوص الآمرة الاخرى تعلقا بالنظام العام فلا يجوز الترخص فى مخالفتها أو الغائها الا بنصوص تشريعية آمرة كذلك .

أما ما يراه بعض الفقهاء من جواز مخالفة العرف التجارى خاصة للنصوص التشريعية الآمرة(٣) فقول لا يمكن التسليم به على اطلاقه . اذ لا يمكن بحال من الاحوال — والمبدأ هو تقدم مرتبة التشريع على العرف — تبرير مخالفة العرف التجارى لنصوص القانون التجارى الآمرة ، أيا كان نوع المصالح التى تحميها هذه النصوص .

انما كل ما يمكن تبريره فى هذا الشأن ، هو جواز مخالفة العرف التجارى لنصوص القانون المدنى الامرة ، اذ الواقع أنه ليس فى ذلك اهدار لمبدأ تدرج المصادر الرسمية للقانون ، أو تغليب للعرف على التشريع . ذلك أن الامر لايعدو مجرد تحديد نطاق تطبيق كل من القانون التجارى والقانون المدنى .

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ١٩٦ .

(٢) عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، فقرة ٨٠ ، ص ٩٣ ، وفقرة ١٦٧ ، ص ٢١٨ ، هامش «١» — سليمان مرقس ، فقرة ١٥٢ .

(٣) عبد الرزاق السنهورى وحشمت ابو ستيت ، الموضع السابق .

والقاعدة فى هذا الشأن أن القانون المدنى يكمل القانون التجارى عند نقصه ، لانه هو الاصل العام ، والقانون التجارى هو الحكم الخاص ، فحيث لا توجد قواعد خاصة فى المسائل التجارية ، لا يبقى مناص من الرجوع الى القواعد العامة فى القانون المدنى باعتباره الشريعة العامة فى المعاملات الخاصة للافراد . ووجود عرف تجارى معناه وجود قاعدة قانونية تجارية أى قاعدة خاصة . فلا حاجة مع وجودها الى تطبيق القواعد المدنية وهى قواعد عامة فى هذا الشأن . وبذلك لا يقوم تنازع بين العرف التجارى وبين نصوص القانون المدنى ، اذ مع وجود مثل هذا العرف تثبت له الولاية وحده فى مجاله التجارى الخاص دون النصوص المدنية العامة(١) .

فاذا وجد عرف تجارى ، فلا تقاس مرتبته اذن الى القانون المدنى — اذ لا محل لتطبيق القانون المدنى وهو القاعدة العامة عند وجود العرف التجارى وهو القاعدة الخاصة — وانما تقاس مرتبته فقط الى القانون التجارى ، وتظل متأخرة عن نصوصه الامرة — كما هو المبدأ العام — بحيث لا يجوز لها مخالفتها أو الغاؤها(٢) .

وعلى أى حال فالمشرع المصرى يصرح فى نصوص مختلفة من التقنين المدنى بتغليب العرف التجارى — فى المجال التجارى — على النص المدنى الامر (٢) . فمن ذلك نصه على عدم اتباع الحكم الذى يحظر تعاقد الشخص مع نفسه دون

---

(١) فى هــذا المعنى :

Gény, op. cit., t. I. No. 129, p. 413. — Ripert, Traité élémentaire de droit commercial, 1948, No. 48.

كتابنا سالف الذكر ، ص ٣٥٧ — ٣٥٩ — مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقـرة ٢٣ ، ص ٣٧ و ٣٨ .

وانظر عكس ذلك : محسن شفيق ، المرجع السابق ، الجزء الاول ، فقرة ٣١ . — أكثم الخولى ، قانون التجارة اللبنانى المقارن ، بيروت ، ١٩٦٦ ، فقرة ٤٧ ، ص ٦٧ .

(٢) ولذلك لا نقر ما يذهب اليه بعض الفقهاء (سليمان مرقس ، فقرة ١٥٢) من تجويز مخالفة العرف التجارى نصوص القانون التجارى الامرة (غير المتصلة بمصالح الدولة الاساسية) ، وقياسهم على ذلك العرف المدنى للقول بامكان مخالفته كذلك نصوص القانون المدنى الامرة المماثلة . فهذا الرأى يتعارض مع صريح نصوص القانون المصرى (انظر كذلك فى انتقاد هذا الرأى : عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، ص ١٥٨ هامش «١») .

ترخيص من الاصيل اذا وجد ما يخالفه من قواعد التجارة (م١٠٨) ؛ وعلى أن حظر تقاضى فوائد على متجمد الفوائد أو مجاوزة مجموع الفوائد راس المال ، يكون « دون اخلال بالقواعد والعادات التجارية » (م ٢٣٢) • وتقطع هذه النصوص ــ والعرف التجارى المغلب بمقتضاها يخص أهم مواطن التعارض بينه وبين النصوص المدنية الآمرة ــ بأن هذا التغليب هو المبدأ العام الذى يسلم به نفس المشرع(١) والذى وقفنا على سلامته الاصولية من قبل .

(٢) قدرة العرف على مخالفة النصوص المكملة دون الغائها :

اذا كان العرف لايملك مخالفة أو الغاء نصوص التشريع الآمرة،فهويملك مخالفة نصوص التشريع المكملة لارادة المتعاقدين (٢) ، اذ هى نصوص يجوز للافراد الاتفاق على ما يخالفها ، فمن باب أولى يجوز نشوء عرف مخالف لهـا فى الجماعة • ولذلك نرى المشرع يعنى بالتنبيه فى كثير من النصوص المكملة الى أن هذه النصوص لا تسرى اذا وجد عرف مخالف لها • ومن قبيل ذلك ما تنص عليه المادتان ٤٥٦و٤٥٧ من التقنين المدنى من أن الثمن يكون مستحق الوفاء فى المكان والوقت الذى يسلم فيه المبيع « ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » ، وماتنص عليه المادة ٤٦٤ من أن « نفقات تسلم المبيع على المشترى ما لم يوجد عرف أن اتفاق يقضى بغير ذلك » .

وغنى عن البيان أن العرف اذا كان يملك مخالفة نصوص التشريع المكملة ، فلا تحمل هذه المخالفة معنى الغاء تلك النصوص • فقيام عرف مخالف لتلك النصوص انمايحمل محمل اتفاق الافراد وتراضيهم على خلافها(٣)،فلايكون

---

(١) أنظر عكس ذلك :
اكثم الخولى ، المرجع السابق ، فقرة ٤٧ ، ص ٦٧ .

(٢) فى هــذا المعنى :
Gény, op. cit., t. I, No. 128, p. 401.
سليمان مرقس ، فقرة ١٥٢ . ــ مصطفى كمال طه ، فقرة ٢٣ .

(٣) ولكن يراعى أن ليس هذا هو المجال الخاص للعرف ، وانما هو مجال العادات الاتفاقية.
انظـــــر : Gény, op. cit., t. I, No. 128, p. 401 ; No. 132, pp. 426, 427.
وانظر سابقا ، هامش « ١ » ، ص ٢٦٦ .

له من أثر الا مجرد استبعاد تطبيقها دون الامتداد الى الغائها (١) ، اذ العرف ـ كما قلنا ـ لا يملك الغاء التشريع باعتباره أدنى مرتبة منه ٠

§ ٤ ـ نصيب العـرف فى فروع القانون المختلفة

اذا كان مكان العرف بـين المصادر الرسمية للقانون يأتى بعد التشريع مباشرة ، فان نصيبه ـ كمصدر رسمى تكميلى للتشريع ـ يتفاوت بتفاوت فروع القانون .

١٦١ ـ القانون التجارى

العرف أخصب ما يكون فى نطاق القانون التجارى ، حيث النصوص التشريعية ليست وفيرة أو كافية لمواجهة مطالب الحياة التجارية المتجددة المتطورة ، أو حيث تتنحى النصوص التجارية قصدا عن تناول بعض المسائل تاركة اياها للعرف ٠ ومن أمثلة قواعد العرف التجارى القديمة افتراض التضامن بين المدينين،فيكون للدائن فى المعاملات التجارية مطالبة أى واحد من المدينين بكل الدين،وهذا العرف التجارى يخالف المقرر فى المعاملات المدنية من أن التضامن لا يفترض وانما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون (م ٢٧٩ مدنى) . ومن أمثلة العرف التجارى كذلك وخاصة فى شأن الحساب الجارى جواز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد وتجاوز مجموع الفوائد رأس المال ، وذلك خلافا للمقرر فى شأن المعاملات المدنية من حظر ذلك (م ٢٣٢ مدنى) ٠ وكذلك من قواعد العرف التجارى قاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفوع على حامل الورقة التجارية حسن النية ، وقاعدة عدم تجزئة الحساب الجارى (٢) .

---

(١) فى هـذا المعنى :

عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ١٢٢ ، ص ١٥٨ ٠

(٢) راجع فى قواعد العرف التجارى :

مصطفى كمال طه ، ص ٣٨ ٠

١٦٢ ـ القانون المدنى

ليس للعرف نصيب وافر فى القانون المدنى ، وأن تكن النصوص التشريعية تحيل عليه أحيانا . ومن أمثلة العرف فى العلاقات المدنية القرينة العرفية فى مصر على اعتبار أثاث المسكن ملك للزوجة المسلمة ، وهى مؤسسة على الغالب فى العمل من أن تجهيز مسكن الزوجية بالاثاث انما تتكفلبه الزوجة المسلمة أو أهلها ، ، ولكن هذه القرينة العرفية مجرد قرينة بسيطة يجوز اقامة الدليل على عكسها . وكذلك ما يزال العرف يجرى فى مصر على أن المرأة تظل تحتفظ بلقب أسرتها بعد الزواج ، دون أن تكتسب حق استعمال لقب الزوج . بينما يجرى العرف فى كثير من الدول الغربية وخاصة فى فرنسا ، على اكتساب الزوجة — الى جوار لقبها الاصلى — لقب الزوج بمجرد الزواج(١) .

١٦٣ ـ القانون الدستورى

ليس حظ العرف بالضئيل فى نطاق القانون الدستورى(٢) . فبعض الفقهاء فى مصر كانوا يبررون حق السلطة التنفيذية فى اصدار لوائح الامن والبوليس فى ظل دستور سنة ١٩٢٣ بوجود عرف يخولها ذلك(٣) .

١٦٤ — قانون العقوبات

أما قانون العقوبات ، فليس للعرف فيه — بوصفه مصدرا رسميا — أدنى نصيب ، نظرا لاحتكار التشريع حق تقرير الجرائم وفرض العقوبات(٤) . فثم قاعدة أساسية فىقانون العقوبات تقضى بأنه«لاجريمة ولاعقوبة الا بناء على

---

(١) J. Carbonnier, Droit civil, t. I, 1962, No. 55, pp. 187 - 189.

(٢) راجع فى العرف الدستورى وأنواعه وقوته :
عبد الحميد متولى ، المفصل فى القانون الدستورى ، ص ١٨٥ — ٢٠٢ . — سعد عصفور ، مقدمة القانون الدستورى ، ١٩٥٤ . ص ٨٣ — ١٠٦ .

(٣) أنظر سابقا ، فقرة ١٣٨ .

(٤) فى هـذا المعنى :
محمد كامل مرسى والسعيد مصطفى السعيد ، شرح قانون العقوبات المصرى الجديد ، الطبعة الثانية ، ١٩٤٣ ، ص ١٠٦ .

قانون ».وتحرص الدساتير عادة على النص عليها صراحة — كالدساتير المصرية المتعاقبة — تأكيدا وكفالة للحريات الفردية · وعلى ذلك ، فعند خلو التشريع من نص يقضى بتجريم فعل والعقاب عليه ، لا يكون أمام القاضى الا تبرئة المتهم دون أن يملك الالتجاء الى العرف لسد نقص التشريع والعقاب بالتالى على الفعل المرتكب (١) ·

ولكن اذا كان العرف لا يملك تقرير جريمة أو فرض عقوبة ، فانه حيث يوجد نص تشريعى بالعقاب على جريمة ، يكون الالتجاء الى العرف متصورا على سبيل الاستئناس بصفته معينا على تفسير النص (٢) وتحديد مضمونه أى بصفته مجرد مصدر تفسيرى ·

ثانيا — مبـــادىء الشريعة الاسلامية

١٦٥ — ادراج « مبادىء الشريعة الاسلامية » بين المصادر الرسمية للقانون المصرى ، باعتبارها المصدر الاحتياطى الثانى الذى يلى العرف

أشرنا من قبل الى أن الشريعة الاسلامية تعتبر مصدرا رسميا أصليا للقانون المصرى فى نطاق محدود لا يعدو بعض مسائل الوقف والاحوال

---

(١) فى هـذا المعنى :

Seiitirô Ono, Les sources du droit pénal, Recueil d'études sur des sources du droit, en l'honneur de F. Gény, t. III, p. 279.

محمد كامل مرسى والسعيد مصطفى السعيد ، الموضع السابق .

(٢) قضت محكمة النقض بأنه « لا محل للقول بأنه لا توجد لوائح تقضى بأن يلتزم سائق السيارة السير على يمـــين الميدان محل الواقعة ويدور حوله ، لان العرف جرى بأن يلتزم سائقو السيارات الجانب الايمن من الطرق دائما » . واستطردت فقررت أن « مخالفة هـذا العرف تتحقق بها مخالفة لائحة السيارات التى تنص على أنه لا يجوز سوق السيارات بسرعة أو بكيفية ينجم عنها بحسب ظروف الاحوال خطر ما على حياة الجمهور وممتلكاته » . نقض ٦ أبريل ١٩٤٨ ، مجلة التشريع والقضاء ، السنة الاولى ، رقم ١٢٣ ، ص ١٦٦ . ومن ذلك يتبين وجود نص تشريعى بالتجريم والعقاب هو نص لائحة السيارات ، وما كان رجوع محكمة النقض الى العرف الا لتفسير هذا النص وتحديد الكيفية التى ينجم عن السوق بها خطـــر على حياة الجمهور أو ممتلكاته ، ذلك السوق الذى تعاقب عليه هذه اللائحة . ومن هنا لم يكن الرجوع الى العرف من جانب محكمة النقض رجوعا اليه بوصفه مصدرا رسميا منشئا لجريمة أو فارضا لعقوبة ، وانما كان بوصفه مجرد مصدر تفسيرى تستعين به على تفهم مضمون النص التشريعى الموجود أصلا (أنظر كتابنا سالف الذكر ، هامش «٢» ص ٣٦٢—٣٦٣).

الشخصية · فهى الشريعة ذات الولاية العامة فى هذا النطاق بالنسبة الى المصريين جميعا على اختلاف عقائدهم الدينية ، فلا يخرج عن ولايتها العامة فى هذا الشأن الا بعض مسائل محدودة تدخل استثناء فى ولاية الشرائع الدينية الاخرى ·

ولم يكن للشريعة الاسلامية اعتبار آخر بين المصادر الرسمية للقانون المصرى فيما وراء هذا النطاق . غير أن المشرع المصرى ـــ وفاء منه بحق هذه الشريعة التى ظلت طوال قرون عديدة شريعة البلاد الاولى ـ انتهى الى اعتبارها فى التقنين المدنى الحالى ضمن المصادر الرسمية الاحتياطية التى تكمل نقص التشريع ووضعها فى المرتبة الثانية من هذه المصادر بعد العرف (١) ، اذ قضى بأنه « اذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف · فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية .. » (م ٢/١) .

وعلى هذا النحو ، تعتبر الشريعة الاسلامية ـ فيما عدا النطاق المتروك أصلا لولاية الدين ـــ مصدرا رسميا تكميليا يأتى فى المرتبة التالية للعرف ، وذلك بالنسبة للجميع مسلمين وغير مسلمين على السواء ، بمعنى أنه عند عدم وجود نص فى التشريع يلجأ القاضى أولا الى العرف ، فان لم يجد لجأ بعد ذلك الى مبادىء الشريعة الاسلامية(٢). والمقصود بذلك هو مبادىء هذه الشريعة

---

(١) رغم أن التقنين المدنى السورى أخذ عن التقنين المدنى المصرى اعتبار مبادىء الشريعة الاسلامية ضمن المصادر الرسمية الاحتياطية ، الا أنه خالفه فى تحديد مكانها بين هذه المصادر اذ جعلها مقدمة على العرف لا تالية له (م ٢/١) . ومع ذلك يذهب بعض الفقهاء السوريين الى أن ذلك لا يؤثر على قيمة العرف ومكانته كمصدر رسمى مباشر بعد التشريع ، لان مبادىء الشريعة الاسلامية أصبحت من أعراف البلاد (أنظر : عدنان القوتلى ، الوجيز فى الحقوق المدنية ، الجزء الاول ، الطبعة الرابعة ، ١٩٦٠ ، متن وهامش «١» ص ٢٢٦ و ٢٢٧ ، و ص ٢٤٥) . ولكن من الواضح ما فى هذا التخريج ، رغم مهارته ، من خروج على النص وعلى قصد المشرع السورى .

(٢) فالرجوع الى مبادىء الشريعة الاسلامية مرهون بعدم وجود نص فى التشريع أو قاعدة فى العرف . لذلك انتقد بحق الرأى القائل . (شفيق شحاته ، النظرية العامة للتأمين العينى ، فقرة ٩٢) باعتبار بيع ملك الغير عقدا موقوفا وفاقا لمبادىء الشريعة الاسلامية ، لوجود نص تشريعى صريح فى التقنين المدنى المصرى (م ٤٦٦) يجعل هذا البيع عقدا قابلا للابطال ، مما يتعين معه اعمال هذا النص دون رجوع الى العرف ولا الى مبادىء الشريعة الاسلامية من باب أولى (فى هذا المعنى : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى ، الجزء الرابع ، البيع والمقايضة ، ١٩٦٠ ، فقرة ١٥٧ ، ص ٨١) .

وأصولها الكلية وحدها التى لايختلف جوهرها باختلاف المذاهب،دون حلولها التفصيلية أو أحكامها الجزئية التى تتفاوت الاراء بشأنها بتفاوت المذاهب والفقهاء (١) ، على أن يكون مفهوما وجوب عدم تعارض مبادىء الشريعة الاسلامية المأخوذبها مع المبادىء العامة الاساسية للقانون المصرى الوضعى الحالى (٢) ، لضمان تجانس أحكامه على اختلاف مصادرها وامتناع تنافرها (٣) .

واذا كان المشرع المصرى فى التقنين المدنى الحالى قد جعل من مبادىء الشريعة الاسلامية مصدرا رسميا احتياطيا يجب على القاضى الرجوع اليه بعد العرف وقبل الالتجاء الى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، وكان ذلك حقيقيا بايجاد مجال لتطبيق الشريعة الاسلامية (٤) مما قد يكون له أثره فى انهاض الفقه الاسلامى واحيائه(٥) ، بعد أن طال سباته منذ اقفال باب الاجتهاد،فينبغى أن يراعى — رغم ذلك — أن الالتجاء الى الشريعة الاسلامية لن يتأتى فى العمل الا نادرا . ذلك أن التشريع ـ وهو المصدر الرسمى الاول للقانون المصرى ـ قد غدا فى العصر الحديث غزير الانتاج وسريعه على

---

(١) كان نص المشروع النهائى للمادة ٢/١ من التقنين المدنى يقضى بأن يكون رجوع القاضى الى مبادىء الشريعة الاسلامية « دون تقيد بمذهب معين » . ولكن اعترض على ذلك فى لجنة مجلس الشيوخ المؤلفة لبحث المشروع ، لما تستتبعه هذه العبارة من اضطراب فى الاحكام لاختلاف المذاهب الاسلامية اختلافا بينا فيما بينها . وانتهت اللجنة الى حذف هذه العبارة ، أخذا بأن المقصود هو الرجوع الى المبادىء الكلية لهذه الشريعة دون حلولها التفصيلية ، وهذه المبادىء الكلية لا تختلف باختلاف المذاهب الفقهية الاسلامية (مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ١٩٠) .

(٢) كان نص المشروع النهائى للمادة ٢/١ من التقنين المدنى المصرى يقضى بأن يكون رجوع القاضى الى مبادىء الشريعة الاسلامية « الاكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون » . ولكن اعترض على ذلك بأن التعارض بين مبادىء الشريعة الاسلامية وبين نصوص القانون لن يحدث ، لان الشريعة الاسلامية لن تطبق الا حيث لا يوجد نص ، ولن يطبق منها الا المبادىء العامة دون الحلول التفصيلية . وانتهى الامر الى حذف هذه العبارة ، لان حكمها مفهوم فى حدود فكرة الملاءمة (المرجع السابق ، ص ١٩١ و ١٩٢) .

(٣) فى هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، ص ٤٩ .

(٤) من ذلك امكان الاخذ بمبادىء الشريعة الاسلامية فى اعتبار التصرف الذى يعقده الوكيل مجاوزا فى ذلك حدود وكالته تصرفا موقوفا ، اذ لا يوجد نص تشريعى يمنع من ذلك (عبدالرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٤ ، فقرة ١٥٧ ، ص ٨١) . وكذلك الشأن فى مجاوزة الولى بالمعنى الواسع حدود ولايته على مال عديمى الاهلية وناقصيها .

(٥) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، ص ٤٨ .

السواء ، مما لا يدع مجالا كبيرا للالتجاء الى العرف وهو المصدر الذى يليه فى الترتيب مع أنه مصدر حى معاصر للجماعة ومتجاوب مع تطورها،وبالتالى ومن باب أولى لايكاد يترك فرصة للمصدر الذى يلى العرف فى المرتبة وهو مبادىء الشريعة الاسلامية ، وخاصة فى وضعها الراهن الذى ثبتت عليه دون تطور منذ قرون عديدة نتيجة اقفال باب الاجتهاد فيها . هذا فضلا عمـــا قد يكون هنالك من تعارض بين بعض مبادىء هـــذه الشريعة وبين المبادىء العامة للقانون الوضعى المصرى الحالى .

الفرع الثاني

تطبيق القاعدة القانونية

مقدمة

١٦٦ ـ السلطة القضائية تقوم على تطبيق القانون

اذا تكونت القاعدة القانونية على التفصيل السابق بيانه ، فيبقى تطبيقها فى العمل ، والسلطة القضائية الممثلة فى المحاكم هى التى تختص بمثل هـــذا التطبيق. وتعنى الدساتير عادة بالنص خاصة على استقلال هذه السلطة ، بما يضمن توفير حرية التقدير للقضاة ، دون سلطان عليهم فى ذلك لغـــير القانون وضمائرهم .

وقد عرفت مصر نظام تعدد الجهات القضائية نظرا لظروف تاريخية وتقليدية معينـــة . فالظروف التاريخية التى ولدت الامتيازات الاجنبية فيها منـــذ تبعيتها للدولة العثمانية (١) ، جعلت أول الامر مقاضاة الاجانب التابعين للدول ذات الامتياز طبقا لقوانين بلادهم وأمام محاكمهم القنصلية ، ثم انشئت بعد ذلك «المحاكم المختلطة» سنة١٨٧٥ للنظر فى المنازعات ذات الصالح الاجنبى. ورغم أن هذه المحاكم كانت تستند الى السيادة الوطنية للدولة وتحكم باسمها وتطبق قوانينها ، الا أنها كانت تمثل انتقاصا من الاستقلال الحقيقى للدولة، وتعكس بذلك على الصعيد القضائى صورة الاحتلال الاجنبى على الصعيد السياسى. وكذلك فان الظروف التقليدية التى ولدت الامتيازات الطائفية(٢)

---

(١) أنظر فى تاريخ نظام الامتيازات الاجنبية وتطوره فى مصر :
حامد زكى ، أصول القانون الدولى الخاص ، الطبعة الثالثة ، ١٩٤٤ ، فقرة ٤٠٨ومابعدها.
ـ محمد عبد المنعم رياض ، مبادىء القانون الدولى الخاص ، الطبعة الثانية ، ١٩٤٣ ، فقرة ٢٥٣ وما بعدها .

(٢) راجع فى أصل وتطور نظام الامتيازات الطائفية فى مصر :
Hassan Boghdadi, Origine et technique de la distinction des statuts personnel et réel en Egypte (Etude de droit comparé), Thèse, Le Caire, 1937.

حسن بغدادى ، الاختصاص التشريعى والقضائى بالنسبة لمواريث غير المسلمين ووصاياهم ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصـــــادية ، السنة الاولى ، العـــدد الثالث ، ص ٦١٣ وما بعـــــــدها .

للطوائف الدينية غير الاسلامية ، أوجدت الى جانب المحاكم العادية محاكم دينية متعددة تبعا لتعدد الاديان والمذاهب والملل الطائفية ، بكل ما يحمله ذلك من معنى الانقسام الطائفى بين الوطنيين انفسهم فى شأن مسائل الاحوال الشخصية خاصة (١) .

وقد نجح المشرع المصرى فى التخلص من هذا التعدد القضائى المعيب فى الحالتين . فتم له أولا الغاء المحاكم المختلطة منذ ١٥أكتوبر سنة ١٩٤٩(٢). ثم استكمل أخيرا الشق الباقى ، فألغى المحاكم الشرعية والمجالس الملية والطائفية المتعددة وأحال اختصاصها الى المحاكم العادية ، بمقتضى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ . وبذلك تم توحيد جهة القضاء العادى ، دون نظر الى اختلاف الجنسية أو الى اختلاف العقيدة الدينية (٣) .

غير أن المشرع المصرى ، بانشائه مجلس الدولة سنة ١٩٤٦ ، خلق — الى جوار جهة القضاء العادى — جهة قضاء ادارى مستقلة تتخصص بالفصل فى المنازعات الادارية . ورغم ما يعنيه ذلك من ازدواج الجهة القضائية فى الدولة، الا أنه ازدواج مفهوم ومبرر لانبنائه على أسس موضوعية ، اذ تتميز المنازعات الادارية — عن بقية المنازعات الاخرى العادية — بطبيعة خاصة مستقلة تستدعى تخصيصها بجهة قضاء مستقلة عن جهة القضاء العادى .

١٦٧ — جهة القضاء العادى

تعتبر هذه الجهة هى جهة القضاء ذات الولاية والاختصاص العام،الذى يشمل فى الاصل بالنسبة للجميع كل المسائل والمنازعات ، فيما عدا ما يستثنى بنص خاص . وفى أعلى السلم المتدرج لمحاكم هذه الجهة توجد محكمة النقض ،

---

(١) وذلك ليس فحسب فيما يتعلق بالمحاكم التى يتقاضون امامها ، بل وكذلك فيما يتعلق بالقواعد القانونية التى يخضعون لها اذ كان محتوما أن تتعدد هذه القواعد وتختلف تبعا للتعدد والاختلاف الطائفى على ما سبق البيان .

(٢) كانت اتفاقية « منترو » المعقودة بين مصر والدول صاحبات الامتياز سنة ١٩٣٧ هى التى مهدت لالغاء الامتيازات فى مصر من الناحيتين التشريعية والقضائية .

(٣) صحب هذا التوحيد القضائى توحيد فى القانون المطبق بين الوطنيين والاجانب بالغاء التقنينات المختلطة المختلفة ، ولكن ظل التعدد قائما — أمام المحاكم العادية صاحبة الاختصاص القضائى الوحيد اليوم — فى شأن القواعد القانونية التى تحكم بعض مسائل الاحوال الشخصية والتى تختلف باختلاف العقائد الدينية كما سبق البيان .

ومن تحتها تتدرج المحاكم نزولا الى محاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائيـــة والمحاكم الجزئية .

(١) **محكمة النقض** : هى المحكمة العليـــا التى تسهر على صحة تطبيق المحاكم للقانون . ولذلك فرقابتها لاحكام المحاكم لا تنصرف الى ما تثبته هذه الاحكام من وقائع النزاع ، وانما الى كيفية تطبيق هذه الاحكام للقانون وانزالها على هذه الوقائع . فاذا رأت التطبيق سليما ، أيدت الحكم المطعون فيـــه أمامها وابرمته . واذا رأته غير سليم ، فالاصل ــ فيما عدا استثناءات قليلة ــ أن محكمة النقض تحيل النزاع الى دائرة أخرى فى نفس درجة المحكمة الصادر عنها الحكم المنقوض لتفصل فيه من جديد (١) .

(٢) **محاكم الاستئناف** : لهذه المحاكم صفتان : صفتها كمحاكم درجـــة أولى ، وصفتها كمحاكم درجة ثانية . فبصفتها محاكم درجة أولى ، تنظر ابتداء فى قضايا الجنايات فى الاصل ، وهى أخطر أنواع الجرائم ، ولذلك تعرف خاصة بهذه الصفة باسم محاكم الجنايات ، ولكنها قد تنظر كذلك فى بعض الجنح الهامة التى يدخلها المشرع استثناء فى اختصاصها مثل الجنح التى تقع بواســـطة الصـــحف أو غيرها من طرق النشر عدا المضرة بأفراد الناس . وبصفتها محاكم درجة ثانية ، تنظر فى الطعون المقدمة فى الاحكام الصادرة من محاكم الدرجة الاولى الادنى منها فى المرتبة فى المنازعات التى تمثل نوعا من الاهمية طبقا لمـــا يحدده القانون . وأيا كانت الصفة التى تنظر بمقتضاها محاكم الاستئناف فى القضايا ، فانها تؤلف من ثلاثة من المستشارين .

(٣) **المحاكم الابتدائية** : تنظر هذه المحاكم بصفتها محاكم درجة أولى فى غير المسائل الجنائية فى القضايا كبيرة الاهمية التى تجاوز قيمتها النصاب المقرر لاختصاص المحاكم الجزئية .وبالاضافة الى ذلك ، تقومهذه المحاكم ــ سواء فى المسائل الجنائية أو غير الجنائية ــ بدور محاكم الدرجة الثانية ،

---

(١) م ٢٦٩ من قانون المرافعات الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ .

فتنظـــر فى الطعون المرفوعة اليها فى بعض الاحكام الصـــادرة من المحاكم الجزئية ، وتصدر أحكام المحاكم الابتدائية من ثلاثة قضاة .

(٤) المحاكم الجزئية : على خلاف الحال بالنسبة لدرجات المحاكم الاخرى السالفة ، تصدر الأحكام من المحاكم الجزئية من قاض واحد . وتنظر هذه المحاكم — فى غير المسائل الجنائية — فى القضايا قليلة الاهمية التى لاتجاوز قيمتها نصابا معينا قدره مائتان وخمسون جنيهـــا ، أو فى قضـــايا محـــددة محصورة يعينها القانون . أما فى المسائل الجنائية ، فتختص بالنظـــر فى « المخالفات » و « الجنح » فى الاصل(١) .

١٦٨ — جهة القضاء الادارى

يمثل جهة القضاء الادارى فى مصر القسم القضائى فى مجلس الدولة الذى يشمل المحاكم الادارية.واعلاها « المحكمة الادارية العليا »،التى يكاديماثل اختصاصها — بالنسبة للمحاكم الادارية الاخرى — اختصاص محكمة النقض بالنسبة للمحاكم العادية.وادنى منها توجد «محكمة القضاء الادارى» ، ثم المحاكم الادارية . وولاية محاكم جهة القضاء الادارى مجرد ولاية خاصة قاصرة على ماتخضعه لها القوانين من مسائل محددة — تشمل مع ذلك أهم أنواع المنازعات الادارية — انتزاعا من الولاية القضائية العامة الثابتة أصلا لجهة القضاء العادى(٢) .

١٦٩ — حل التنازع بين جهات القضاء المتعددة

من المحتوم — وجهة القضاء مزدوجة فى مصر على النحو السالف بيانه — وقوع تنازع بين الجهتين على الاختصاص،سواء كان تنازعا ايجابياأوسلبيا. لذلك يعنى المشرع — مواجهة لهذا التنازع — بايجاد محكمة صالحة للنظر فيه وحله.وهذه المحكمة هى المسماة اليوم «محكمة تنازع الاختصاص»وتؤلف

---

(١) استثناء من هذا الاصل ، تختص المحاكم الجزئية بالنظر فى الجنايات التى يمكن القضاء فيها بعقوبة الجنحة كما اذا اقترنت بأحد الاعذار القانونية أو لابستها ظروف الرأفة .

(٢) محمد فؤاد مهنا ، دروس القانون الادارى ، ج ٣ ، الرقابة القضائية على أعمـــال الادارة ١٩٥٧ ، ص ١٠٢ و ١٠٣ .

من رئيس محكمة النقض أو أحد نوابه عند الضرورة رئيسا ، ومن ستة من المستشارين : ثلاثة منهم من مستشارى محكمة النقض ، والثلاثة الاخرون من مستشارى المحكمة الادارية العليا ، على أن تختار الجمعية العمومية لكل من المحكمتين سنويا العدد المحدد من مستشاريها (١) .

١٧٠ — منهج البحث

يثير البحث فى تطبيق القاعدة القانونية مسألتين رئيسيتين : الاولى تعيين نطاق هذا التطبيق ، اى تعيين مدى سريان القاعدة القانونية . والثانية تفسير القاعدة القانونية تفسيرا يفصح عن معنى الحكم الذى تتضمنه .

ولذلك نقسم هذا الفرع الى بابين .

الباب الاول — فى مدى سريان القاعدة القانونية .

الباب الثانى — فى تفسير القاعدة القانونية .

---

(١) م ١٨ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ .



الباب الأول

مدى سريان القاعدة القانونية

١٧١ ـــ تمهيـــد وتقسيم

أول ما يعرض عند تطبيق القاعدة القانونية ، هو وجوب تعيين نطاق هذا التطبيق بتحديد المدى الذى يبلغه سريانها • ومدى سريان القاعدة القانونية انما يتحدد بالنظر الى أمور ثلاثة :

الاول ـــ تحديد هذا المدىبالنسبة الىالمخاطبين بأحكام القاعدةالقانونية، وذلك بالتساؤل عما اذا كانت هذه القاعدة تسرى فى حق جميع هؤلاء المخاطبين دون استثناء أم يقال بعضهم من الخضوع لاحكامها بدعوى الجهل بها •

والثانى ـ تحديد هذا المدى من حيث المكان الذى تسرى فيه القاعدة القانونية ، وذلك بالتساؤل عما اذا كان مكان سريان هذه القاعدة هو الاقليم الصادرة والنافذة فيه أم محل وجود الاشخاص الموضوعة من أجلهم هذه القاعدة سواء كان هو هذا الاقليم أو خارجه •

والثالث ـ تحديد هذا المدى من حيث الزمان الذى تسرى فيه القاعدة القانونية ، وذلك بالتساؤل عن كيفية وتاريخ انتهاء سريانها ، وطريقة حل التنازع الناشىء عن تعاقب القواعد القانونية فى الزمان •

فنعرض لكل من هذه الامور الثلاثة على التوالى فى فصل على حدة •

الفصـــل الأول

مدى سريان القاعدة القانونية
فى حق المخاطبين بأحكامها

١٧٢ — مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون (١)

اذا تكونت القاعدة القانونية ، فخرجت عن مصدر من المصادر الرسمية ، فهى تسرى فى حق المخاطبين بأحكامها دون استثناء ، بمعنى أنها تطبق على كافة من تتوجه اليهم من أشخاص ، فلا يعفى واحد منهم من الخضوع لاحكامها . ويعبر عن ذلك بالمبدأ المعروف : « لا يفترض فى أحد الجهل بالقانون » (Nul n'est censé ignorer la loi) ، أى لا عذر بجهل القانون ، فلا يقبل من أى كان الاحتجـــاج بجهله حكم قاعدة قانونيـــة ليفلت من انطباقها عليه وسريانها فى حقه . فجهل القاعدة القانونية لا يصلح اذن عذرا يمنع أو يعفى من انطباقها على أحد ، فهى تسرى فى حق جميع المخاطبين بأحكامها ، من علم بها ومن جهلها على السواء .

١٧٣ — أساس مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون

يؤسس بعض الفقهاء مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون على أساس وجود

---

(١) راجع فى ذلك بخاصـــة :

Dereux, Etude critique de l'adage « Nul n'est censé ignorer la loi », Revue trimestrielle de droit civil, t. VIII, 1907, pp. 513 - 554.

وكتابنا « أصول القانون » ، فقرات ١٧٧ — ١٧٩ ، ص ٣٧٦ — ٣٨٥ .

قرينة على علم الافراد به (١) • ولكن مثل هذا الاساس غير مقبول ، اذ القرائن القانونية ـ كما سبق البيان ـ انها تقوم على حمل الامر المشكوك فيه محمل الغالب والمألوف فى العمل بشأنه ، وليس الغالب فى العمل ولا المألوف فيه هو علم الافراد بالقواعد القانونية بل الغالب هو جهلهم بها •

ولعل قواعد العدل هى خير ما يؤسس عليه هذا المبدأ • فالعدل الخاص يتطلب المساواة التامة فى معاملة المخاطبين بأحكام القواعد القانونية ، فلا يفرق بينهم فى وجوب الخضوع لها أو يعفى بعضهم من التقيد بها . وهذه المساواة أمام القانون تحقق كذلك العدل العام والصالح العام بما تؤكد من سيادة النظام والقانون فى المجتمع،اذ لو أبيح الاعتذار بجهلالقانون للافلات من أحكامه ، لما أتيح حينئذ تطبيق القانون الا فى القليل النادر حيث يعلم الناس باحكامه ، واذن لسادت الفوضى وضاع الامن وتقوض النظام فى المجتمع • فضلا عن أن قبول الاحتجاج بجهل القاعدة القانونية فيه نفى لصفة الالزام عنها ، اذ يجعل مناط الزامها هو توافر العلم بها ، بينما القاعدة القانونية تتميز قبل كل شىء بما لها من الزام ذاتى ينبعث منها ومن وجودها هى لا من عامل خارجى عنها كالعلم بها (٢) • والواقع أن القاعدة القانونية ـ بما تقرر من الزام بمضمونها ـ تنطوى كذلك على معنى الالزام بالعلم بها من وقت نفاذها •

١٧٤ ـ مدى مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون

(١) اطلاق هذا المبدأ بالنسبة الى القواعد القانونية على اختلاف مصادرها : سبق البيان ، عند تفصيل القول فى التشريع ، أن نشره فى

---

(١) أنظر خاصة :
عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، فقرة ١٣٣ — عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرات ١٠٢ و ١٠٣ — ، سليمان مرقس ، فقرات ٨٧ و ٨٨ • — محمد على امام ، فقرة ١٠٢ •

(٢) قرب من ذلك :
Riprt eu Boulanger, op. cit, t. I, No. 12. — Decottignies, L'erreur de droit, Revue trimestrielle de droit civil, 50ème année, 1951, p. 309.

الجريدة الرسمية وفوات الميعاد الذى يبدأ منه نفاذه ، يفترض معه علم الكافة باحكامه ، فلا يقبل اعتذار احد يجهلها .

ولكن مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون ليس قاصرا على التشريع فحسب ، بل هو ينسحب كذلك على كل القواعد القانونية أيا كان مصدرها الرسمى . فالقواعد العرفية والدينية السائدة ، يمتنع الاعتذار كذلك بجهلها ،كما يمتنع الاعتذار بجهل القواعد التشريعية سواء بسواء ٠ بل لقد قلنا ، فى صدد الكلام عن العرف ، ان من بين نتائج تمييزه عن العادة أن العادة يجوز الاحتجاج بجهلها لانه لا الزام لها الا بارادة المتعاقدين ، وجهل أحدهما أو كليهما بها يمنع من وجود هذه الارادة ، بينما العرف ــ باعتباره قاعدة قانونية ــ لا يجوز الاحتجاج بجهله للافلات من الخضوع لحكمه (١) .

(٢) اطلاق هذا المبدأ بالنسبة الى القواعد الآمرة والقواعد المكملة على السواء : يقصر أغلب الفقهاء العمل بمبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون على القواعد القانونية الامرة أى على القواعد المتعلقة بالنظام العام والاداب دون القواعد المكملة(٢) . بل أن منهم من يقصر العمل به على البعض فقط من القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام والاداب ، كالقوانين الجنائية خاصة (٣) ، أما ما عداها من بقية القواعد الامرة وكل القواعد المكملة فيجوز عندهم الاعتذار بجهلها ٠

ولسنا نرى ما يبرر هذه التفرقة ، اذ ما دامت القاعدة القانونية قاعدة ملزمة

---

(١) أنظر سابقا ، ص ٢٦٨ .

(٢) أنظر خاصـــــة :

Demogue, Traité des obligations en général, t. I, No. 246. — Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. I, VI, Obligations, par Esmein, 2ème éd. 1952, No. 181.

عبد الرزاق السنهورى : نظرية العقد ، ١٩٣٤ ، فقرة ٣٧٣ ، الوسيط ، الجزء الاول فقرة ١٧٤ ، ــ عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، فقرة ١٣٣ .

(٣) سليمان مرقس ، فقرة ٨٨ .

وانظر كذلك فى نفس المعنى : المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى الحالى ، مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ٢ ، ص ١٥٩ .

فلا ينبغى الاحتجاج بجهلها للافلات من الخضوع لحكمها ، لان الالزام بمضمونها ينطوى على معنى الالزام بالعلم بهذا المضمون كما سبقت الاشارة .
وغنى عن البيان أن صفة الالزام متوافرة للقواعد الامرة والقواعد المكملة على السواء ، فالعلم بها يكون واجبا لا يمكن التحلل منه بالنسبة اليها جميعا دون تفريق .

فضلا عن أن القول باباحة الاعتذار بجهل القواعد المكملة لا يستقيم مع طبيعة هذه القواعد من كونها لا تطبق الا فى حال سكوت المتعاقدين عن مخالفتها ، اذ قد يكون سكوتها عن جهل منهما بأحكامها ، ومع ذلك تلزمهما هذه الاحكام ، لانه بهذا السكوت يتحقق شرط انطباقها فى حقهما . فلو قيل بامكان الاعتذار بجهل القواعد المكملة ، لما وجدت هذه القواعد اذن مجالا كبيرا للتطبيق ، لانها لا تطبق الا عند سكوت المتعاقدين عن مخالفتها ، فيستطيع من له مصلحة منهما فى عدم تطبيقها أن يدفع بجهله بأحكامها ويفسر السكوت على هذا الاساس . وحينئذ نوجد أمام فراغ ماوجدت القواعد المكملة الا لسده، اذ لا توجد ارادة للمتعاقدين من ناحية ، ويمتنع تطبيق القواعد المكملة من ناحية أخرى .

١٧٥ ـ الاستثناء من مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون

من المسلم عند جمهور الفقهاء[١] الاستثناء من هذا المبدأ،باجازة الاعتذار بجهل القانون فى حال قيام قوة قاهرة ـ كفيضان أو احتلال أجنبى ـ تعزل بعض المناطق فى الدولة عزلا تاما يستحيل معه وصول الجريدة الرسمية اليها . وأيا كان الرأى فى هذا الاستثناء وتبريره،فهو من ناحية نادر التحقق اليوم أمام تقدم وسائل المواصلات وخاصة بالطائرات ، وهو من ناحية أخرى قاصر على القواعد التشريعية اذ هى وحدها التى تنشر فى الجريدة الرسمية وتعتبر معلومة للناس بهذا النشر .

---

(١) أنظر كذلك : نقض ٨ أبريل ١٩٦٥ ، مجموعة أحكام محكمة النقض ، س ١٦ ع ٢ ص ٤٧٦ .

ويضيف بعض الفقهاء الى هذا الاستثناء المسلم استثناءين آخرين : الاول خاص بحالة ابطال العقد لغلط فى القانون ، والثانى خاص بحالة ارتفاع المسئولية الجنائية عند الجهل بقوانين غير جنائية تكون العقوبة الجنائية مؤسسة عليها . غير أن هاتين الحالتين لاتمثلان استثناءات حقيقية من مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون ، وذلك على النحو الذى نبينه فيما يلى :

(١) ابطال العقد لغلط فى القانون ليس استثناء من المبدأ : يذهب بعض الفقهاء الى أن ثم استثناء يرد على مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » ، هو امكان ابطال العقد نتيجة ما وقع فيه أحد المتعاقدين من « غلط فى القانون »(١) . فقد ظنوا أن فى اجازة ابطال العقد لما وقع فيه المتعاقد من غلط فى القانون(٢)خروجا على مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » بقبول الاعتذار بالوقوع فى هذا الغلط(٣).فالوارث مثلا الذى يبيع حصته فى التركة على اعتقاد أنها الربع فى حين أن له نصف التركة طبقا لقواعد الميراث ، يكون له حق ابطال عقد البيع الذى شاب ارادته فى قدر الشىء المباع .

والواقع أن هذا الظن خاطىء ، فليس فى ابطال العقد لغلط فى القانون فى الامثلة التى يضربونها أى استثناء من مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون »

---

(١) فى هذا المعنى :
Planiol, Traité élémentaire de droit civil, t. I, 12ème éd. 1935, No. 238.

محمد كامل مرسى ، شرح القانون المدنى الجديد ، الباب التمهيدى ، ١٩٥٤ فقرة ٢٦ ، ص ٤٦ .

(٢) يسوى المشرع فى المبدأ بين « الغلط فى القانون » وبين « الغلط فى الواقع » من حيث امكان ابطال العقد بسببه (م ١٢٢ مدنى) . ولكن استثناء من هذا المبدأ ، لايجيز المشرع الطعن فى عقد الصلح بسبب غلط فى القانون (م ٥٥٦ مدنى) .

(٣) ويبرر بعض الفقهاء هذا الخروج على مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » بأن نطاق تطبيق هذا المبدأ يجب أن يقتصر على الاحكام القانونية المتعلقة بالنظام العام وحدها . أما اذا كان الجهل او الغلط واردا على قاعدة قانونية غير متعلقة بالنظام العام فيمكن الاحتجاج والتمسك به لطلب ابطال العقد الذى أبرم نتيجة هذا الغلط . (أنظر :
Baudry - Lacantinerie et Barde, op. cit., No. 69, p. 109. — Demogue, op. cit., t. I, No. 246, p. 405.

عبد الرزاق السنهورى ، نظرية العقد ، فقرة ٣٧٣ ، الوسيط ، الجزء الاول ، فقرة ١٧٤، ص ٣٠٦ و ٣٠٧ — محمد على عرفه ، ص ٧٦) . ولكن الامثلة التى تضرب فى هذا الصدد ويجوز فيها ابطال العقد لغلط فى القانون ، يرد الغلط فى أغلبها على قواعد آمرة متعلقة بالنظام العام (نظر فى هذه الامثلة خاصة : Demogue, op. cit., No. 246, pp. 406 :
عبد الرزاق السنهورى ، نظرية العقد ، فقرة ٣٧٤) .

أو خروج عليه · ذلك أن مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » انما يعنى أنه لايمكن منع تطبيق القانون بحجة الجهل به،فهو يطبق على الجميعدون تفريق أى حتىعلى من يجهله . وبعبارة أخرى ، فالمقصود بهذا المبدأ الدلالة علىأنه حيث يجب تطبيق قاعدة معينة ، فلا يمكن منع انطباقها على من يجب سريانها فى حقه بحجة جهله بأحكامها(١) . ومادام هذا هو مضمون المبدأ ومعناه ، فالاستثناء منه لا يتصور اذن الا باعفاء من يجهل حكم قاعدة قانونية معينة من واجب الخضوع لها ، أى بمنع سريانها عليه · ومن هنا لا يكون فى اعطاء المتعاقد الواقع فى غلط فى القانون حق طلب ابطال العقد الذى اندفع الى ابرامه تحت تأثير الغلط ، أى استثناء أو خروج على مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » ، الا اذا كان فى هذا الابطال منع لسريان القاعدة القانونية الوارد عليها الغلط فى حق المتعاقد الواقع فى الغلط بشأنها · وليس الحال كذلك فى المثل المضروب · فالوارث الذى يجهل قواعد الميراث ويقع فى غلط فى قدر الحصة التى تفرضها له ، ثم يطلب ابطال عقد البيع الذى اندفع الى ابرامه تحت تأثير هذا الغلط ، لا يتوصل بالحصول على الابطال الى منع سريان قواعد الميراث فى حقه ، فهى تظل سارية فى حقه رغم جهله بأحكامها . ولولا أن هذه القواعد تعتبر سارية فىحقه فيكون له نصفالتركة ، لما دعا الامرالى تمكينه من ابطال بيع حصته الذى اندفع اليه على اعتبار أنها الربع فقط ·

ولكن اذا عرضت فروض أخرى ، تحقق فيها غلط أحد المتعاقدين فى حكم قاعدة قانونية ، وكان من شأن تمكينه من المطالبة بابطال العقد لهذا الغلط استبعاد تطبيق تلك القاعدة عليه ، فيجب حينئذ حرمانه من طلب الابطال لهذا السبب ، والا انتهى الامر الى تمكينه من التحجج بجهله للافلات من انطباق القاعدة عليه ، بما يعنى خرق مبدأ « امتناع الاعتذار بجهل القانون » وهو ما لا يجوز .ولذلك لا يجوز للمقرض طلب ابطال عقد القرض المعقود بفائدةتجاوز

---

(١) فى هـذا المعنى :

Ripert et Boulanger, Traité élémentaire de droit civil de M. Planiol, t. II, 2ème éd., 1947, No. 206.

الحد الاقصى المشروع للفائدة الاتفاقية بناء على غلطه فى حكم القاعدة المقررة لهذا الحد ، بل يبقى العقد قائما وصحيحا ولكن مع انزال الفائدة الفاحشة المتفق عليها الى الحد الاقصى المشروع (١) . وكذلك لايجوز للمؤجر طالب ابطال عقد الايجار المعقود بأجرة تجاوز الحد الاقصى الذى قرره القانون بناء على غلطة فى حكم القانون هذا الشأن ، بل يبقى العقد قائما وصحيحا ولكن مع انقاص الاجرة المتفق عليها الى حدها الاقصى المقرر (٢) .

(٢) امتناع المسئولية الجنائية فى حالة الجهل بقوانين غير جنائية تؤسس عليها العقوبة ليس استثناء من المبدأ : يذهب القضاء الجنائى الفرنسى الى أن الجهل بأحكام قانون غير جنائى تكون العقوبة مؤسسة عليه ينهض عذرا للمتهم فيرفع عنه المسئولية الجنائية . ولذلك قضى بعدم عقاب من عثر على كنز فى أرض الغير فاستولى عليه كله لنفسه ، جاهلا حكم القانون المدنى الفرنسى الذى يملكه نصفه ومالك الارض النصف الاخر مما يجعله مختلسا نصيب هذا الاخير (٣) .

غير أن ارتفاع المسئولية الجنائية نتيجة الجهل بحكم قانون غير جنائى تكون العقوبة مؤسسة عليه ، لايمثل استثناء حقيقيا من مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون . اذ من ناحية ، لن يؤدى منع العقاب الجنائى نتيجة هذا الجهل الى منع تطبيق القاعدة القانونية غير الجنائية على من وقع فى الغلط بشأنها ، بل تظل هذه القاعدة رغم ذلك سارية فى حقه ومطبقة عليه . ومن ناحية أخرى ، فارتفاع المسئولية الجنائية وامتناع العقاب هنا ليس فى الحقيقة الا نتيجة انتفاء القصد الجنائى وهو ركن اساسى من أركان الجريمة ، اذ لايتحقق هذا

---

(١) فى هـذا المعنى :

اسماعيل غانم ، فى النظرية العامة للالتزام — مصادر الالتزام ، ج ١ ، العقد والارادة المنفردة ، ١٩٦٦ ، فقرة ١٠٢ ، ص ٢٠٤ . — عبد المنعم البدراوى ، المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٦٦ ، فقرة ١٣٣ ، ص ٢٠١ و ٢٠٢ .

(٢) فى هـذا المعنى :

اسماعيل غانم ، الموضع السابق .

(٣) أنظر فى هـذا القضاء :

Donnedieu de Vabres, Traité de droit criminel et de législation pénale comparée, 3ème éd., 1947, No. 139.

القصد هنا الا بالعلم بحكم قاعدة معينة غير جنائية ، وما دام مرتكب الجريمة يجهل هذا الحكم فلا يتوافر عنده حينئذ القصد الجنائى الى ارتكابها(١) ٠

والخلاصة مما تقدم ، أنه لايوجد استثناء حقيقى من مبدأ امتناع الاعتذار بجهل القانون الا استثناء وحيد ، هو ذلك المنحصر فى قيام قوة قاهرة تحول دون وصول الجريدة الرسمية الى بعض المناطق فى الدولة ٠

---

(١) وهذا ما بصرت به محكمة النقض المصرية فيما قضت به من أنه حيث « أن الزوجين اذ أقدما على الزواج ، لم يكونا عالمين تحريم الجمع بين المرأة وابنة اختها ، شأنهما فى ذلك شأن شاهدى العقد ... وحيث أنه وقد انتفى القصد الجنائى (فى جريمة التزوير) لما تقدم بيانه ، تكون التهمة على غير أساس ويتعين براءة المتهمين منها (نقض ١٠ مايو ١٩٤٣ ، مجموعةعمر (جنائى) ، ج ٦ ، رقم ١٨١ ، ص ٢٤٧) ٠

أنظر فى تأييد هذا الحكم : كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ، ص ٣٧٩ — ٣٨١ ٠
ولكن قارن :

السعيد مصطفى السعيد ، الاحكام العامة فى قانون العقوبات ، ١٩٥٢ ، ص ٣٨٧ ٠ — محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، النظرية العامة للجريمة ، ١٩٦٢ ، فقرة ٧٢٩ ، ص ٧٢٥ ٠

الفصل الثانى

مدى سريان القاعدة القانونية فى المكان

١٧٦ — مشكلة السريان المكانى

اذا وقفنا على أن القاعدة القانونية تتوجه الى جميع المخاطبين بأحكامها دون استثناء ، فلا يمتنع سريانها فى حق أحدهم بحجة الجهل بها ، فيبقى بعد ذلك أن نحدد المدى المكانى لهذا السريان

وتحديد المدى المكانى لسريان القاعدة القانونية لا يثير أى صعاب فى نطاق جماعة منعزلة لا يوجد فى اقليمها الا المنتمون اليها دون الاجانب ولا يوجد أحد من المنتمين اليها خارج اقليمها ، ولا تقوم علاقات بين المنتمين اليها وبين الاجانب ، اذ يسرى حينئذ قانون هذه الجماعة وحده فى حدود اقليمها دون أن ينازعه فى السريان أى قانون آخر .

غير أن مثل هذا الفرض لم يعد اليوم الا فرضا وهميا يكاد يستحيل تحققه فى العمل ، أمام انتشار المدنية وازدياد العلاقات بين الافراد فى مختلف الدول ، بلووجود طائفة من الاجانب فىاقليم كلدولة . فحينئذ يقوم التساؤل عما اذا كان قانون الدولة يسرى فى كل اقليمها بحيث يكون له مطلق السلطان فى حق الوطنيين والاجانب المقيمين فى هذا الاقليم على السواء ، أم يقتصر سلطانه وسريانه على الوطنيين وحدهم فلا يمتد الى الاجانب الذين يظلون خاضعين لقوانين دولهم ؟ . وكذلك يقوم التساؤل عما اذا كان قانون الدولة يسرى فىحق الوطنيين المقيمينخارج الاقليم فيتبعهم فىأى مكان يوجدون ، أم يقف سلطانه وسريانه عند حدود الاقليم فلا يمتد اليهم وانما يسرى عليهم قانون الدولة المقيمين أو الموجودين فيها ؟ .

والاجابة على هذا التساؤل تتراوح كما هو واضح بين مبدأين : مبدأ الاقليمية حيث يتحدد سريان القانون باقليم الدولة النافذ فيها دون نظر الى جنسية الاشخاص المقيمين فيه ، ومبدأ الشخصية حيث يتحددسريانالقانون بجنسية الاشخاص التابعين للدولة النافذ فيها دون نظر الى مكان وجودهم هل هو داخل اقليم الدولة أو خارجه ·

١٧٧ — مبدأ الاقليمية ومبدأ الشخصية فى سريان القاعدة القانونية(١):

قلنا أن سريان القاعدة القانونية اما سريان اقليمى واما سريان شخصى.

أما السريان الاقليمى للقاعدة القانونية وهو ما يعبر عنه بمبدأ اقليمية القانون (Territorialité de la loi) فيقصد به — من ناحية — سريان القاعدة القانونية على كل ما يقع داخل حدود الاقليم وعلى كل الاشخاص الموجودين فيه ، ويقصد به — من ناحية أخرى — عدم سريانها على كل ما يقع خارج حدود هذا الاقليم · فاذا قلنا مثلا ان القانون المصرى اقليمى التطبيق أو السريان ، فمعنى ذلك أنه وحده الذى يسرى على كل مايقع فى أرض مصر وعلى كل المقيمين فيها،مصريين كانوا أو جانب ، وأنه لايسرى على ما يقع خارج حدود مصر ، ولا يسرى على الاشخاص المقيمين خارج مصر ولو كانوا مصريين ·

وأما السريان الشخصىللقاعدة القانونية ، وهو مايعبرعنه بمبدأشخصية القانون (Personnalité de la loi) ، فيعنى سريان القاعدة القانونية فى دولة معينة على الاشخاص التابعين لها حتى ولو كانوا خارج حدود اقليمها، وعدم سريانها على الاجانب حتى ولو كانوا مقيمين فى اقليمها . فاذا قلنا مثلا

---

(١) أنظر فى ذلك بخاصـــة :

Battifol, Traité élémentaire de droit international privé, 1948, Nos. 9 et s.

حامد زكى ، أصول القانون الدولى الخاص ، ١٩٤٤ ، فقرة ٦٩ وما بعـدها .

ان القانون المصرى شخصى التطبيق أو السريان ، فمعنى ذلك أنه يطبق على المصريين وحدهم حتى ولو كانوا خارج مصر ، وأنه لا يطبق على الاجانب حتى ولو كانوا موجودين فى مصر ٠

والواقع أن مبدأ اقليمية القانون يقوم على أساس ما للدولة من سيادة فى اقليمها ، مما يعد معه تطبيق قوانين الدول الاخرى على ما يقع فى اقليمها هى اعتداء على سيادتها ٠ وأما مبدأ شخصية القانون فيقوم على أساس ما للدولة من سيادة على رعاياها حيثما وجدوا ، نظرا لما يربطهم بها من رابطة لا تتقيد أو تتحدد بمكان معين ٠

وقد تفاوت منذ القدم الاخذ بكل من المبدأين باختلاف الدول(١) ٠ فبعضها أخذ بمبدأ اقليمية القانون ، وبعضها الاخر أخذ بمبدأ الشخصية ٠ ولكن لم يكن الاخذ بهذا المبدأ أو ذاك فى دولة من الدول الا من حيث الاصل فحسب ، مع فتح الباب لاستثناءات تطبق المبدأ الآخر فى حالات خاصة .

١٧٨ ــ مدى السريان المكانى للقانون المصرى

يطبق القانون المصرى فى الاصل تطبيقا اقليميا ٠ ولكن هذا الاصل ليس مطلقا ، اذ تحد منه استثناءات معينة ٠

أولا ــ مبدأ اقليمية القانون المصرى : المبدأ العام المقرر هو اقليمية تطبيق القانون المصرى ، استنادا الى ما للدولة من سيادة على اقليمها . فالاصل اذن هو وجوب تطبيق القواعد القانونية المصرية على كل الموجودين فى مصر أيا كانت جنسيتهم ، ولا تطبق خارج مصر حتى على المصريين ٠

غير أن التطبيق الاقليمى يقتضى وحدة القانون الوطنى المطبق داخل حدود الدولة ، ووحدة الهيئة أو الجهة القضائية التى تطبق هذا القانون. ولم يتح دائما تطبيق مبدأ اقليمية القانون تطبيقا كاملا فى مصر ، فقد انتقصت الامتيازات الاجنبية والامتيازات الطائفية من كمال التطبيق الاقليمى للقانون المصرى ٠ ولكن انتهى هذا الانتقاص من ناحية ، بالغاء الامتيازات الاجنبية سنة ١٩٤٩ ٠ وانكمش هذا الانتقاص ، من ناحية ثانية ، فيما يتعلق

بالامتيازات الطائفية ، حيث أصبح منحصرا اليوم فحسب في تعدد القوانين المطبقة فى بعض مسائل الاحوال الشخصية تبعا لتعدد العقائد الدينية ، بعد ان توحد الاختصاص القضائى دون نظر لاختلاف الدين وتم الغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية المتعددة منذ سنة ١٩٥٥ · ولما كان هذا الاثر الباقى لا يعنى الانتقاص من كمال التطبيق الاقليمى للقانون فحسب ، بل كذلك الانتقاص من الوحدة الوطنية فى أسمى مظاهرها،فاننا نطمع في أن يخطو المشرع المصرى فى القريب الخطوات اللازمة للقضاء على هذا الانتقاص ·

ثانيا ـ أحوال الخروج الاستثنائى على مبدأ اقليمية القانون المصرى : اذا كان المبدأ العام هو تطبيق القانون المصرى تطبيقا اقليميا على ما رأينا ، فان هذا المبدأ ليس مطلقا ، اذ ترد عليه بعض استثناءات تحد من تطبيق هذا القانون داخل اقليم الدولة أو تمد هذا التطبيق الى خارج هذا الاقليم.واذا كان الغالب أن تؤدى هذه الاستثناءات الى شخصية تطبيق القانون، الا أن ذلك لا يتحقق دائما · اذ قد تؤدى بعض الاستثناءات الى تطبيق القانون تطبيقا عينيا (١) ، بحيث يتحقق الخروج على مبدأ الاقليمية ولكن ليس لصالح فكرة الشخصية ، كما يحصل ـ وخاصة فى شأن تطبيق بعض قواعد قانون العقوبات ـ عندما يتقرر تطبيق القانون الوطنى على من يأتى فعلا أو جرما خارج اقليم الدولة حتى لو كان غير وطنى وغير مقيم فى الدولة ، لمجرد مساس هذا الفعل أو الجرم بمصلحة أساسية للدولة · ونعرض فيما يلى لاهم أحوال الخروج الاستثنائى على مبدأ اقليمية القانون المصرى ، أيا كانت نتيجة هذا الخروج ·

(١) أهم ما يرد من استثناء على مبدأ اقليمية القانون المصرى ، هو ذلك الناشىء عن اعمال قواعد القانون الدولى الخاص المصرى أى قواعد الاسناد المصرية · فهذه القواعد ـ كما سبق البيان ـ تعين القانون الواجب التطبيق فى

---

(١) راجع فى التطبيق العينى للقانون :

محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ، فقرات ١٠٨ و ١٢٨ ـ ١٣٠ ·

العلاقات ذات العنصر الاجنبى · وهى قد تعين قانونا أجنبيا ـ دون القانون المصرى ـ فيما يقع فى اقليم مصر ، فيعتبر تطبيق القانون الاجنبى حينئذ خروجا على مبدأ اقليمية القانون المصرى · فمثلا تقضى هذه القواعد بأن القانون الواجب التطبيق بشأن الميراث هو قانون المورث (م ١٧ مدنى) ، فاذا توفى فرنسى فى مصر ، فالقانون الذى يطبق بشأن تركته هو القانون الفرنسى استثناء من مبدأ الاقليمية الذى كان يوجب تطبيق القانون المصرى .

ومن ناحية أخرى ، فقد يترتب على اعمال قواعد الاسناد تطبيق القانون المصرى ـ استثناء من مبدأ اقليميته ـ على ما يقع خارج مصر · فطبقا لقاعدة الاسناد السالفة الذكر ، يطبق القانون المصرى على تركة المصرى الذى يتوفى ويترك أموالا فى الخارج .

(٢) وكذلك يرد على مبدأ اقليمية القانون المصرى استثناء ثان خاص ببعض الحقوق العامة أو السياسية كحق الانتخاب وحق الترشيح للهيئات النيابية ، وبعض الواجبات أو الالتزامات الوطنية كواجب الخدمة العسكرية · فمثل هذه الحقوق والواجبات ـ وهى خاصة بالانتماء الى الوطن ـ لا يتصور أن تسرى القواعد القانونية المقررة لها الا فى حق الوطنيين وحدهم دون الاجانب ، فلا تطبق اذن تطبيقا اقليميا بل تطبيقا شخصيا ·

(٣) أما الاستثناء الثالث الوارد على مبدأ اقليمية القانون المصرى ، فهو الخاص بالعقاب على بعض الجرائم التى ترتكب أو تقع خارج مصر · فلئن كانت القاعدة هى اقليمية قانون العقوبات المصرى كما هى الحال فى أغلب الدول ، الا أن من الاعتبارات ما يحتم الخروج على هذه القاعدة فى بعض الحالات ، سواء بما يؤدى الى عينية تطبيق القانون المصرى أو بما يؤدى الى شخصيته ·

فقد استلزم الدفاع عن كيان الدولة المصرية اعطاءها حق العقاب بمقتضى قانونها على ما يرتكب فى الخارج من وطنى أو أجنبى من جرائم تخل بأمنها ، أو بالثقة فى أوراقها الرسمية عن طريق تزويرها ، أو بالثقة فى نقدها عن

طريق تزييفه (م ٢ — ثانيا عقوبات). وظاهر أن تطبيق القانون المصرى هنا ، استثناء من مبدأ الاقليمية ، هو تطبيق عينى ، بالنظر الى مساس هذه الجرائم بكيان الدولة ومصالحها الاساسية ، بحيث يجىء هذا التطبيق رغم ارتكاب الجريمة فى الخارج ودون النظر الى جنسية مرتكبها(١) .

وفى أحوال أخرى ، يتقرر الخروج على مبدأ اقليمية قانون العقوبات المصرى ، بما يؤدى الى التطبيق الشخصى لهذا القانون . فمن ذلك ما يقرره المشرع المصرى — ومصر كأغلب الدول لا تسلم رعاياها — من العقاب وفق قانون العقوبات المصرى على ما يرتكبه المصريون فى الخارج من جنايات أو جنح اذا عادوا الى مصر تهربا من العقاب ، حتى لا تكون هذه العودة منجاة لهم منه (م ٣ عقوبات) (٢) .

---

(١) راجع فى عينية تطبيق القانون المصرى فى هذه الحالة :
محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ، فقرات ١٢٨ — ١٣٠ ، ص ١٤٥ — ١٤٧ .

(٢) أنظر فى هذه الحالة :
محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ، فقرات ١٣١ — ١٣٨ ، ص ١٤٧ — ١٥١ .

الفصل الثالث

مدى سريان القاعدة القانونية فى الزمان

١٧٩ ـ تقسيم

يثير تحديد مدى سريان القاعدة القانونية فى الزمان مسألة انهاء هذا السريان ، وهو ما يتم بالغاء القاعدة القانونية · فاذا ألغيت قاعدة قانونية لتحل محلها قاعدة جديدة ، يقوم التنازع بين القاعدتين على حكم الاوضاع والاثار القانونية التى ابتدأت فى ظل القاعدة القديمة ومازالت مستمرة فى ظل القاعدة الجديدة ، فكيف يحل هذا التنازع ، وكيف تتحدد ولاية كل من القاعدتين المتعاقبتين فى الزمان ؟

على هذا النحو ، نقسم الكلام فى هذا الفصل الى مبحثين :

المبحث الاول ـ فى الغاء القاعدة القانونية ·

المبحث الثانى ـ فى التنازع بين القواعد القانونية فى الزمان ·

المبحث الاول

الغـــاء القاعدة القانونية

١٨٠ ــ تمهيـــــد

يقصد بالغاء القاعدة القانونية(١) انهاء سريانها ومنع العمل بها ابتداء من هذا الانهاء • والاصل أن القاعدة القانونية اذا صدرت صحيحة وصارت نافذة ، فهى تظل سارية معمولا بها حتى يحصل الغاؤها قانونا • ويترتب على الغاء القاعدة القانونية أما احلال قاعدة قانونية جديدة محلها واما الاستغناء عنها بعدم استبدال غيرها بها •

والغاء القاعدة القانونية اما الغاء صريح واما الغاء ضمنى • وقد أشارت المادة الثانية من التقنين المدنى المصرى الحالى لهذين النوعين من الالغاء فى شأن القواعد التشريعية • ولكن الالغاء لا يصدق فى حق القواعد التشريعية وحدها ، بل يصدق فى حق القواعد القانونية جميعا أيا كان مصدرها (٢) . فنعرض فيما يلى للالغاء الصريح ، ثم للالغاء الضمنى •

١٨١ ــ الالغاء الصريح

يتحقق الالغاء الصريح (L'abrogation experesse) بصدور قاعدة أو قواعد قانونية جديدة تفصح عن نسخ قاعدة أو قواعد قانونية قديمة • ومثاله

---

(١) يجب التفرقة بين الالغاء (L'abrogation) وبين البطلان أو الابطال (L'annulation) فهمـــا وان كانا وسيلتين لاسقاط القاعدة القانونية ، الا أنهمـــا مختلفان فى السبب وفى الاثار على السواء . ذلك أن الالغاء انما يرد على قاعدة قانونية مستكملة شرائطها وأركانهـــا الجوهرية ، لا لانكار قيامها من قبل أو الطعن فى صحتها ، ولكن لانهاء العمل بها سواء كان ذلك لعدم الحاجة اليها من بعد أو لاستبدال قاعدة أخرى بها تكون أكثر ملاءمة ، ولذلك لا يبتدىء أثر الالغاء الا منذ حصوله ، فلا يكون له آثار على ما تم من تنفيذ القاعدة القانونية قبله . أما البطلان أو الابطال . فلا يتأتى الا نتيجة انتفاء ركن أو شرط جوهرى من أركان القـــاعدة القانونية أو شرائطها ، بحيث تعتبر منعدمة وكأن لم تكن ، ومن هنا ، كان الاصـــــــل أن لبطلان القاعدة القانونية أو ابطالها أثرا رجعيا .

(٢) عرفت الشريعة الاسلامية خاصة نظرية الالغاء فى شأنقواعدها وأحكامها ، تحت اسم نظرية « النسخ » ، وأسستها على قوله تعالى « ما ننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها » (أنظر فى نظرية النسخ فقهاء الاصول وخاصة : أبو اسحق الشاطبى ، الموافقـــات فى أصول الشريعة ، شرح الاستاذ عبد الله دراز ، ج ٣ ، ص ١٠٢ ــ ١١٨ . ــ وانظر كذلك عمر عبد الله ، سلم الوصول لعلم الاصول ، الطبعة الاولى ، ١٩٥٦ ، ص ٢٥٣ ــ ٢٥٦).

نص المادة الاولى من القانون الخاص باصدار القانون المدنى المصرى الحالى على الغاء القانون المدنى الاهلى والقانون المدنى المختلط والاستعاضة عنهما بالقانون المدنى المرافق لهذا القانون ٠

وقد يتحقق الالغاء الصريح كذلك بفوات المـدة المعينة لسريان القاعدة القانونية ، فقد تدعو ظروف وأحوال خاصة الى توقيت سريان القـاعدة القانونية بمدة أو فترة معينة ، فاذا انقضت هذه المدة أو تلك الفترة اعتبرت القاعدة القانونية ملغاة بحيث يقف العمل بها ابتداء من هذا الانقضـاء . ومثال ذلك ما كان ينص عليـه قانون أجور المساكن الصادر سنة ١٩٢١ من أن مفعوله ينتهى فى ٣٠ يونية سنة ١٩٢٢ .

١٨٢ ـ الالغاء الضمنى (١)

يقصد بالالغاء الضمنى (L'abrogation tacite) ذلك الالغاء الذى لا يوجد تصريح به ، وانما يستخلص مجرد استخلاص من استحالة الجمع بين قاعدة قانونية قديمة وقاعدة قانونية جديدة ، وهو ما يتحقق فى صورتين : صورة تعارض بين القديم والجديد ، وصورة تنظيم نفس الموضوع من جديد ٠ وقد عنى التقنين المدنى الحالى بالاشارة الى هاتين الصورتين (م ٢) ٠

(١) **التعارض بين القديم والجديد :** تتحقق هذه الصور ةالاولى من صور الالغاء الضمنىبقيام تعارض بينقواعد قانونية قديمة وقواعد قانونيةحديثة، اذ يفهم ضمنا ـ وتطبيقها معا مستحيل ـ أن الاحدث منها قد نسخ والغى الاقدم . وبديهى أن الالغاء الضمنى فى هذه الصورة لا يكون الا فى حدود

---

(١) اذا أحالت بعض القوانين الى نصوص قوانين أخرى ، ثم الغيت هذه النصوص فى قوانينها الاصلية ، فالاصل أن لا يستتبع الغاؤها اعتبارها ملغاة كذلك فى القوانين التى تحيل اليها ، بل تظل موجودة فيها بالاحالة وكأنها ثابتة بالعبارة . ولكن اذا استحال الاستمرار فى اعتبارها قائمة فى نطاق القوانين التى تحيل اليها ، بأن كانت هذه النصوص تنشىء مثلا مرفقا أو محكمة تكون لازمة لتطبيق هذه القوانين وتقرر الغاؤها ، فلا مناص من انسحاب الالغـاء بالتالى على هذه النصوص لاستحالة تطبيقها حينئذ (انظر Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 104, pp. 170, 171) ويجب أن يواجه المشرع الامر ، فيعدل الاحالة بجعلها الى المرفق أو المحكمة الجديدة ان وجدت ، أو الى مرفق أو محكمة أخرى من المرافق أو المحاكم الاصلية القائمة ، لامكان الاستمرار فى تطبيق هذه القوانين المحيلة (انظر كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ص ٤٠٠ ـ ٤٠١ .

التعارض والتنافر بين القواعد القديمة والقواعد الحديثة . فاذا صدر قانونان متعاقبان فى الزمان ومتناقضان فى الاحكام ، اعتبر القانون القديم منسوخا ضمنيا بالقانون الحديث اذا كان التعارض بين أحكامهما تاما وكليا . أما اذا كان التعارض جزئيا بأن كان واقعا بين بعض أحكامهما فحسب ، فلا ينسحب النسخ أو الالغاء الضمنى منطقا الا على ماثبت تعارضه من أحكام القانون القديم مع القانون الحديث .

واذا كان النسخ أو الالغاء الضمنى مستخلصا من قيام تعارض بين القواعد القانونية القديمة والقواعد القانونية الحديثة، فذلك رهن بكون ماتضعه هذه القواعد المتعارضة والمتعاقبة فى الزمان من أحكام ذات صفة واحدة ، بأن تكون معا أحكاما عامة أو تكون جميعا أحكاما خاصة . أما اذا اختلفت بينها الصفة ، ففى الامر تفصيل نعرضه فيما يلى :

١ — **التعارض بين حكم قديم عام وحكم حديث خاص** : اذا كان التعارض قائما بين قواعد قانونية قديمة تضع حكما عاما وبين قواعد قانونية حديثة تأتى بحكم خاص ، فلا يستخلص من هذا التعارض أن الحكم الجديد قد نسخ الحكم القديم العام كليا ، وانما يستخلص منه أن الحكم الجديد قد نسخ (أو عطل) ضمنيا الحكم القديم العام فى شأن ما جاء بتخصيصه فقط(١) . ومعنى ذلك أن الحكم القديم العام يظل قائما وساريا الا فيما جاء الحكم الجديد بتخصيصه ، وبذلك يحد الحكم الخاص من مدى عموم الحكم القديم العام فيقتطع بعض ما يندرج تحته ويجرى عليه حكم قاعدة مغايرة .

ومثال ذلك أن التقنين المدنى المصرى القديم كان يقضى بأن الملكية تنتقل بالتراضى فى الاموال منقولة كانت أو عقارية . ثم صدر بعد ذلك قانون التسجيل سنة ١٩٢٣، ثم قانون الشهر العقارى سنة ١٩٤٦، بحكم جديد يقضى

---

(١) فى هذا المعنى :
Josserand, op. cit., t. I, No. 67. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 104, p. 170.

سليمان مرقس ، فقرة ٩٤ ، ص ١٣٢ .

بأن الملكية فى العقار لاتنتقل الا بالتسجيل • فوجد بذلك تعارض بين حكم التقنين المدنى القديم وهو حكم عام لانصرافه الى الاشياء بصفة عامة دون تمييز بين المنقول منها والعقار ، وبين الحكم الجديد الذى جاء به قانون التسجيل وقانون الشهر العقارى وهو حكم خاص لعدم انصرافه الا الى العقار وحده دون المنقول . غير أن هذا التعارض لم يكن له أثر الا الغـاء الحكم العام الوارد فى التقنيين المدنى القديم الغاء ضمنيا فى شأن العقار وحده ، فبقى لهذا الحكم سريانه فى شأن المنقول . وبذلك ظل حكم التقنين القـديم القاضى بانتقال الملكية بمجرد التراضى قائما وساريا الا فيما جاء قانون التسجيل ومن بعده قانون الشهر العقارى بتخصيصه منه اخراج العقار من عموم حكمه باشتراط التسجيل لانتقال ملكيته •

٢ — التعارض بين حكم قديم خاص وحكم حديث عام : أما اذاكان التعارض قائما بين قواعد قانونية قديمة تضع حكما خاصا وبين قواعد قانونية جديدة تضع حكما عاما ، فلا يستخلص من هذا التعارض أن الحكم الجديد العام قد نسخ الحكم القديم الخاص ، بل ظل الحكم القديم الخاص قائمـا وساريا باعتباره استثناء واردا على القاعدة العامة التى يضعها الحكم الجديد العام (١) . فالعام اذن لا يلغى الخاص ، بل يسريان معا على أساس اعتبار العام هو الاصل وبقاء الخاص مجرد استثناء وارد عليه• ولذلك لايلغى الحكم الخاص ضمنيا الا بحكم خاص مثله متعارض معه (٢) .

ومثال هذه الصورة أن القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ بشأن ايجار الاماكن قد صدر متضمنا أحكاما خاصة فى تنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين

---

(١) فى هـذا المعنى :

Aubry et Rau, t. I, 6ème éd. par Bartin, No. 29, p. 100. — Josserand; Marty et Raynaud ; ibid.

سليمان مرقس ، الموضع السابق .

(٢) قارن مع ذلك :

Mazeaud, op. cit. t. I, No. 83, p. 102.

بمراعاة ظروف أزمة المساكن ، ثم صدر بعد ذلك التقنين المدنى الحالى الذى ابتدأ نفاذه منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ متضمنا بين نصوصه نصوصا عامة فى شأن تنظيم عقد الايجار . فليس من شأن ذلك اعتبار نصوص القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ملغاة بخصوص الايجار الموجودة فى التقنيين المدنى رغم مابينهما من تعارض . اذ نصوص التقنين المدنى فى ذلك انما تضع أحكاما عامة لاتنسخ الأحكام الخاصة التى يتضمنها القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ، بل تظل هذه التى جاء بها التقنين المدنى الحالى (١) .

ومثال هذه الصورة كذلك ، أن القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٤٤ كان يقضى بأنه « ... اذا كان المورث غير مسلم ، جاز لورثتــه فى حكم الشريعــة الاسلامية وقوانين الميراث والوصية أن يتفقوا على أن يكون التوريث طبقا لشريعة المتوفى » ، ثم جاء بعد ذلك التقنين المدنى الحالى سنة ١٩٤٩ مقررا أنه تسرى على الميراث والوصية أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها (م ٨٧٥ و ٩١٥) . فليس فى الحكم العام الوارد بهذا التقنين وهو الحكم الأحــدث أى نسخ أو الغاء للحكم الخاص الأقــدم الوارد بقانون سنة ١٩٤٤ ، بل يظل هذا الحكم قائما وساريا يخول لغير المسلمين الاحتكام الى شرائعهم الدينية فى مسائل الميراث والوصية ، استثناء من القاعدة العامة التى يقررها التقنين المدنى والتى تقضى بأن تكون الولاية فى المواريث والوصايا للشريعة الاسلامية والقوانين المستمدة منها والصادرة فى هذا الشأن (٢) .

٣ ــ **تنظيم نفس الموضوع من جديد :** والصورة الثانية من صور الالغاء الضمنى أن تأتى قواعد قانونية فتنظم من جديد نفس الموضوع الذى سبق أن

---

(١) أنظر فى ذلك :
كتابنا سالف الذكر ، هامش «٢» ص ٤٠٤ ــ ٤٠٥ . ــ عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط، ج ٦ ، المجلد الثانى ، ١٩٦٣ ، فقرة ٥٦٧ ، ص ٨٨٨ ــ ٨٩٠ .

(٢) أنظــــر فى ذلك كتابنــــا ســـــالف الذكر ، هامش ص ٣٢٨ و ٣٢٩ و ٤٠٣ و ٤٠٤ .
ولــــكن قارن :
عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية الحق فى القانون المدنى الجــديد ، ١٩٥٠ ، فقرة ٣٨ . ــ محمد على عرفه ، أسباب كسب الملكية ، ١٩٥٥ ، فقرات ٣٨٦ و ٣٩٦ .

نظمته قواعد قانونية قديمة ، اذ يستخلص من اعادة التنظيم أن القواعد القانونية الجديدة قد نسخت القواعد القديمة كلها حتى تلك التى لاتتعارض معها (١) . وقد نص المشرع المصرى على هذه الصورة فى التقنين المدنى الحالى (م ٢) • ولكن يراعى أن المشرع ينص غالبا ، فى التشريع اللاحق الذى يعيد به تنظيم نفس الموضوع ،على الغاء التشريع السابق الذى كان ينظمه ، وهو بذلك يجعل الالغاء صريحا ، ولو قد سكت عن التصريح بالغاء ، لتحقق الالغاء ضمنيا من مجرد اعادة تنظيم نفس الموضوع من جديد •

ومن أمثلة التصريح بالالغاء رغم أن الالغاء كان متحققا ضمنيا دون تصريح من مجرد تنظيم الموضوع من جديد ، نص المشرع المصرى فى قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ على الغاء القانون السابق المنظم للسلطة القضائية رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ •

١٨٣ — سلطة الغاء القاعدة القانونية

الأصل أن السلطة التى تملك الالغاء هى السلطة التى تملك الاصدار أو الانشاء ، أو سلطة أعلى منها اذ من يملك الاكثر يملك الاقل . ومن هنا ، فلا يتم الغاء قاعدة قانونية الا بقاعدة قانونية صادرة عن نفس المصدر الرسمى للقاعدة القانونية الملغاة أو عن مصدر رسمى أعلى منه •

وتطبيقا لهذا المبدأ ، فالقاعدة العرفية مثلا تلغيها قاعدة عرفية مثلها ، أو تلغيها قاعدة تشريعية باعتبار أن التشريع أعلى فى المرتبة من العرف اذ هو المصدر الرسمى الاصلى والعرف مجرد مصدر تكميلى له •

والقاعدة التشريعية لاتلغى الا بقاعدة تشريعية. غير أن التشريع نفسه، كما سبق البيان درجات ثلاث بعضها فوق بعض،ولذلك ينبغى مراعاة هذا التدرج بصدد الغاء كل درجة من درجات التشريع . فالتشريع الأساسى يلغىبتشريع

---

(١) فى هذا المعنى : المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى ، مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ١٩٦ .

أساسى ، والتشريع العادى يلغى بتشريع عادى أو أساسى ، والتشريع الفرعى يلغى بتشريع فرعى أو عادى أو أساسى .

وقد سبق أن أشرنا الى أن العرف لا يملك ــ كقاعدة عامة ــ الغاء التشريع، لانه أدنى منه مرتبة ولايملك الادنى نسخ الاعلى . ومقتضى هذا القول عدم التسليم بما يذهب اليه بعض الفقهاء (١) من امكان الغاء التشريع ونسخه عن طريق اهمال تطبيقه مدة طويلة أ ىعن طريق عدم اعماله (désuétude). فليس اهمال التشريع وعدم اعماله مدة طويلة الا عرفا سلبيا مخالفا للتشريع، والعرف كما سبق البيان لايملك الغاء التشريع ، لانه مجرد مصدر تكميلى له فيكون بالتبعية أضعف منه . فالتشريع اذن ما دام لم يلغ صراحة أو ضمنا بتشريع لاحق ، يظل قائما دون أن يعتبر تواتر اهمال تطبيقه نسخا أو الغاء له (٢) .

---

(١) أنظر خاصـــــة :

Beudant et Béquignon - Lagarde, Cours de droit civil français, 2ème éd., t. I, No. 177 — Lebrun, thèse précitée, Nos. 433 - 448.

(٢) أنظر فى هذا خاصة :
مصر الابتدائية ١٧ أبريل ١٩٢٧ ، المحاماة ٨ ، رقم ١٥١ ، ص ٢٠٥ .

المبحث الثـــانى

تنازع القواعد القانونية فى الزمان (١)

١٨٤ — مشكلة التنازع الزمانى

اذا ألغيت قاعدة قانونية وحلت محلها قاعدة قانونية أخرى، فبديهى أن القاعدة الجديدة تسرى ابتداء من يوم نفاذها ، وأن القاعدة القانونية القديمة يقف سريانها ابتداء من يوم الغائها ، وبذلك يتحدد النطاق الزمنى لسريان كل من القاعدتين القديمة والجديدة · ويكون الامر فى تحديد هذا النطاق الزمنى يسيرا هكذا ، اذا تعلق بمراكز قانونية تتكون وتترتب كل آثارها فى لحظـــة واحدة ، اذ لا يتصور حينئذ قام تنازع بشأن حكمها بين القاعدة القانونيـــة القديمة والقاعدة القانونية الجديدة ، فما تكون من مراكز وما ترتب من آثار فى ظل القاعدة القديمة يكون محكوما بداهة بهذه القاعدة ، وما يتكون من مراكز أو يترتب من آثار فى ظل القاعدة القانونية الجديدة يحكم بهذه القاعدة وحدها دون القاعدة القديمة ·

غير أن الامر لايعرض دائما بمثل هذا اليسر ، فمن المراكز أو الاثار القانونية ما لا يتكون أو يترتب الا خلال فترة طويلة من الزمان ، وهنا يقوم التنازع بين القاعدة القانونية القديمة والقاعدة القانونية الجديدة على حكم هذه المراكز وتلك الاثار باعتبار أنها ممتدة فى ظلهما معا . فمثلا اذا صدرت قاعدة قانونية جديدة بخفض الحد الاقصى لسعر الفائدة الاتفاقية ، فما حكم عقود القرض

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Roubier, Les conflits de lois dans le temps, théorie de la non retroactivité des lois, t. I, 1929, t. II, 1933; Le droit transitoire, 1960. — Bonnecase, Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil de Baudry-Lacantinerie, t. II, Nos. 11 - 247, pp. 13 - 280. — Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. II, 3e. éd., 1928, Nos. 21, 21 a, 22, pp. 227 - 284. — Esmein, Cours de droit civil approfondi et comparé, 1943 - 1944.

ومقالنا « مشكلة التنازع بين القوانين فى الزمان » ، مجلة الحقوق ، السنة السابعة ، العدد الثالث والرابع ، ١٩٥٨ ، ص ٨٥ — ١٨٤ · — وكتابنا أصول القانون · فقـــرات ١٨٨ — ٢١٧ ، ص ٤٠٩ — ٥٠٩ ·

التى عقدت قبل نفاذها وفق الحد الاقصى القديم وتراخى بها التنفيذ الى ما بعد نفاذها؟. هل يلزم المدين بدفع الفائدة على أساس القاعدة القانونية القديمة اى على الاساس المرتفع ، أم ينسحب عليه حكم القاعدة القانونية الجديدة فلا يلزم بدفع فائدة أكثر من الحد الاقصى الجديد المنخفض ؟ . وكذلك اذا كانت سن الرشد والاهلية لابرام التصرفات القانونية هى ١٨ سنة ، ثم رفعها قانون جديد الى ٢١ سنة ، فما حكم الاشخاص الذين كانوا راشدين قبل نفاذ هذا القانون اذا لم يكونوا قد بلغوا السن الجديدة المحددة فيه عند نفاذه ، هل يستمرون راشدين أم يعودون قاصرين ؟ وما حكم تصرفاتهم التى عقدوها قبل نفاذ هذا القانون اى وقت أن كانوا راشدين ، هل تظل صحيحة أم ينسحب عليها البطلان ان تقرر اعادتهم قاصرين ؟ . واذا كان للزوج المسلم حق طلاق زوجته بارادته ، فهل يبقى له هذا الحق اذا صدر قانون جديد يحرم الطلاق الا باذن من القاضى ، على اعتبار أنه تزوج فى ظل قانون يعطيه حق الطلاق بارادته المنفردة ؟ .

تلك هى مشكلة التنازع بين القواعد القانونية فى الزمان . فعلى اى أساس يحل هذا التنازع ؟ وكيف يمكن التوصل الى تحديد المدى الزمنى لسريان كل من القواعد القانونية المتنازعة ، خاصة وقد غدت اليوم مشكلة هـذا التنازع فى الطليعة من مشاكل تطبيق القانون ، بعد أن نشطت حركة التشريع (١) فى العصر الحديث نشاطا ضخما موفورا ؟ .

١٨٥ ـ مبدأ عدم رجعية القوانين

يقوم فى الاصل حل مشكلة التنازع بين القاعدة القانونية فى الزمان على مبدأ قانونى قديم مشهور ، مقرر اليوم فى أغلب الشرائع والقوانين الحديثة ،

---

(١) لا تنحصر مشكلة التنازع الزمانى بين القوانين فى نطاق التشريع وحده ، بل هى مشكلة عامة تثور فى صدد كل القواعد القانونية المتعاقبة أيا كان مصدرها (أنظر فى هذا المعنى : مقالنا سالف الذكر ، هامش «١» ، ص ٨٨ . ولكن قارن :
Roubier, op. cit., t. 1, p. 6; No. 5, pp. 23 - 32.

هو مبــدأ عــدم رجعيــة القوانــين (La non-rétroactivité des lois) بمعنى عدم انسحاب القوانين الجديدة على الماضى ، واقتصارها على حكم المستقبل أى على حكم ما يقع ابتداء من يوم نفاذها . وهذا المبدأ من المبادىء المقدسة التى كسبتها الانسانية بعد جهاد طويل ، حتى غدا اليوم من تراثها الثابت ، سواء كان مسطورا فى الدساتير والقوانين أو غير مسطور . وهو على أى حــال ، مقــرر كمبــدأ عام بصريح النص فى الدســاتير المصرية المتعاقبة (١) .

ويقوم هذا المبدأ على اساس من المنطق ، اذ القــاعدة القانونية هى أمر أو تكليف بسلوك معين ، والتكليف أو الامر لا يتصور توجيهه الى ما فات وانما الى ما هو آت . ففى الرجوع بالقاعدة القانونية الى الماضى خروج اذن عن المدى الزمنى لسريانها — وهو الذى يبدأ من وقت نفاذها — واعتــداء على اختصاص القاعدة القانونية القديمة بالانتقاص من المدى الزمنىلسريانهاالذى يمتد الى يوم انقضائها . وكذلك ففى انسحاب القاعدة القانونيةعلى الماضى ، اخلال بالاستقرار الواجب للمعاملات واهدار للثقة الواجبة فى القانون . فضلا عن أنه كثيرا ما تترتب للافراد حقوق ومراكز وآثار قانونية فى ظل القــواعد القانونية المعمول بها ، فلا ينبغى أن يكون تعديل هذه القواعد أو الغــاؤها بقواعد قانونية جديدة فرصة للمساس بهذه الحقوق والمراكز أو للانتقاص من تلك الآثار التى ترتبت صحيحة فى ظل القواعد القانونية القديمة .

ومع ذلك فمن المسلم اعطــاء المشرع رخصـــة فى الخروج على مبدأ عدم الرجعية ، بنصه على الرجعية صراحة ، اذ قد تكون الرجعية فى بعض الحالات مما يقتضيه صالح الجماعة . والدساتير المصرية المتعاقبة قاطعة فى اعطاء هذا الحق للمشرع . ولكنها أصبحت تتشدد منذ دستور سنة ١٩٥٦ فتتطلبان يتم تقرير الرجعية بتشريع عادى (٢) توافق عليه أغلبية أعضاء مجلس الامة لا

---

(١) م ٢٧ من دستور ١٩٢٣ ، وم ١٨٦ من دستور ١٩٥٦ وم ٦٦ من دستور ١٩٥٨ ، وم ١٦٣ من دستور ١٩٦٤ .

(٢) فلا تجوز الرجعية ولو نص عليها صراحة فى تشريع فرعى (أنظر : ســـليمان مرقس ، الطبعة الثالثة ، فقرة ٩٩ ، ص ١٦٠) .

اغلبية الحاضرين منهم كما هو الاصل ، وذلك تأكيدا لخطورة الرجعية أمام ما تهدره من حقوق وتخل به من استقرار .

ولكن المشرع ــ على أى حال ــ مقيدا بمبدأ عدم الرجعية فيما يتعلق بقوانين العقوبات ، فلا يملك النص فى تشريع يقرر جريمة أو عقوبة جديدة على رجعية هذا التشريع وانطباقه على ما ارتكب قبل نفاذه من أفعال نظرا لما فى ذلك من اهدار خطير للحرية الفردية . وهذا ما تقرره الدساتير المصرية المتعاقبة وما يقرره تقنين العقوبات المصرى .

١٨٦ ــ عدم كفاية مبدأ عدم رجعية القوانين لحل مشاكل التنازع بينهـا فى الزمان

اذا كان مبدأ عدم رجعية القوانين يقدم عادة كأساس لحل التنازع بين القوانين فى الزمان ، فيراعى أن تقرير هذا المبدأ ليس كافيا بمفرده لحل مشاكل هذا التنازع (١) . فلا يكفى أن يقرر كمبدأ أن ليس للقـانون الجـديد سلطان على الماضى ، بل يجب كذلك منع استمرار القانون القديم فى السريان بتقرير مبدأ سلطان القانون الجديد ابتداء من نفاذه أى مبدأ سلطانه وأثره المباشر ، خاصة بالنسبة الى الوقائع التى تحدث ابتداء من هذا النفاذ وتكون مترتبة على أوضاع أو وقائع ماضية . ولكن هذا السلطان المباشر لا يمكن أن يكون كاملا ، اذ توجد أحوال تقتضى ــ خروجا على ذلك ــ الاعتراف للقانون القديم بولاية مستمرة رغم انتهاء العمل به بابتداء نفاذ القانون الجديد .

١٨٧ ــ منهج البحث

اذا كان حل مشكلة التنازع الزمانى بين القوانين لا يقوم فحسب على مبدأ عدم الرجعية ، بل يقوم كذلك على تأكيد مبدأ السريان المباشر للقانون الجديد فيما عدا استثناءات قليلة يسمح فيها بأثر مستمر للقانون القديم ، فينبغى الوقوف على الأصول التى تحكم وتبين مبادىء حل هذه المشكلة ، ثم التعرف

---

(١) انظر فى ذلك خاصة :
Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 105.

على الحلول الوضعية فى القانون المصرى لاهم مشاكل التنازع الزمانى ومدى اتفاقها مع تلك الاصول ·

المطلب الأول

أصول حل مشكلة التنازع الزمانى

١٨٨ ـ تعدد النظريات الفقهية

تعتبر مشكلة التنازع الزمانى بين القوانين من أعقد المشاكل القانونية التى واجهت الفقه · لذلك كانت محلا لاجتهاد كثير من الفقهاء فى سبيل التماس أصول لحلها ، فظهرت بذلك نظريات عديدة لارساء هذه الاصول . ولسوف نكتفى باستعراض نظريات ثلاث تعبر عن الاتجاهات الرئيسية المختلفة (١) · أولاها النظرية القديمة التى ظلت سائدة فى الفقه ومطبقة فى القضاء فى فرنسا طوال القرن التاسع عشر والتى عرفت باسم « النظرية التقليدية » ، وتقوم على التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الامل · والنظريتان الاخريان نبتتا فى الفقه الفرنسى منذ أوائل القرن الحالى بعد تكشف قصور النظرية التقليدية مما أدى الى هجر الفقه لها : وقد ولدت النظرية الاولى منها عند بعض فقهاء القانون العام وبخاصة « ديجى » ، وقامت على أساس التفرقة بين المراكز القانونية الشخصية والموضوعية ، ولكن لم يكتب النجاح لها فى الفقه أو القضاء · والثانية ، تأصلت عند بعض فقهاء القانون الخاص ومن أظهرهم « روبييه » ، وهى التى تتجنب قصور النظريتين المتقدمتين نتيجة انحصارهما فى مبدأ عدم الرجعية ، فتفرق بن الاثر الرجعى والاثر المباشر للقاعدة القانونية ، وقد انتهى الامر بانتصار هذه النظرية فباتت لها الغلبة اليوم على بقية النظريات .

---

(١) أنظر فى نظرية أخرى للفقيه الفرنسى « بونكاز » ·
Bonnecase, op. cit., t. II, Nos. 218 - 247, pp. 246 - 280

أولا ـ النظرية التقليدية
فى التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الامل

١٨٩ ــ المبدأ هو عدم الرجعية ، أى عدم المساس بحق مكتسب

قلنا أن هذه النظرية كانت هى السائدة فى الفقه والقضاء الفرنسى طوال القرن الماضى ، بل ان بعض أحكام القضاء الفرنسى والمصرى على السواء لا تزال الى اليوم ــ رغم هجر الفقه لها ــ تستعمل تعبيراتها المختلفة لتبرير ما تقضى به من حلول فى مشاكل التنازع الزمانى بين القوانين .

وتقوم هذه النظرية أساسا على تقرير مبدأ عدم الرجعية للاسباب التى أوضحناها مبررة لهذا المبدأ . وهى ترى أن القاعدة القانونية الجديدة تكون رجعية اذا استتبع تطبيقها المساس بما تم اكتسابه من حقوق فى ظل القاعدة القانونية القديمة ، أما اذا لم يستتبع هذا التطبيق الا المساس بمجرد الامال التى لم ترتفع بعد الى مرتبة الحقوق المكتسبة ، فلا رجعية فيه . بمعنى أن القاعدة القانونية الجديدة تسرى حتى ولو خيبت آمالا تعلق بها الرجاء فى الماضى ، ولكنها لا تسرى اذا كان من شأن سريانها المساس بحق تم اكتسابه من قبل .

فأساس هذه النظرية اذن هو التفرقة بين الحق المكتسب (droit acquis) وبين مجرد الامل (simple expectative). والاول وحده دون الثانى هو الذى لا يجوز مساس القاعدة القانونية الجديدة به ، والا اعتبرت ذات أثر رجعى . ولكن ما هو مناط التفرقة بينه وبين مجرد الأمل ؟ . الواقع أن أنصار هذه النظرية لا يتفقون على تعريف واحد للحق المكتسب(١) ، مما أضعف سند نظريتهم فى الفقه وجعلها هدفا سهلا قريبا للنقد . فالحق المكتسب عند البعض منهم هو الحق الذى دخل ذمة الشخص نهائيا بحيث لا يمكن نقضه أو نزعه منه الا برضاه ، وهو عند بعض آخر

---

(١) انظر فى التعريفات المختلفة للحق المكتسب عند أنصار النظرية التقليدية :
Roubier, op. cit. t. I, No. 33, No. 35, p. 311.

الحق الذى يقوم على سند قانونى ، وعند فريق ثالث هو الحق الذى يملك صاحبه المطالبة به والدفاع عنه أمام القضا. أما مجرد الأمل فهـو محض ترقب ورجاء فى اكتساب حق من الحقوق ، مما يفترض عدم اكتساب الحـق بعـد .

وأيا كان الرأى فى تعريف الحق المكتسب ومناط التفرقة بينه وبين مجرد الامل ، فأنصار هذه النظرية يضربون أمثلة يرونها توضح المقصود منه . فالارث مثلا يكون مجرد أمل طالما المورث بقيد الحياة ، ولكنه يصبح حقا مكتسبا بوفاة المورث .ولذلك اذا صدر قانون جديد يعدل أنصبة الورثة ، فهذا القانون لا يمس حقوق الورثة المكتسبة فى ظل القانون القديم ، أى لا يسرى على التركات التى فتحت بوفاة المورث قبل نفاذه والا صار رجعيا ، لان وفاة المورث فى ظل القانون القديم أنشأت لورثته حقوقا مكتسبة فى تركته مما يمتنع معه على القانون الجديد نقضها أو المساس بها . أما اذا مات المورث بعد نفـاذ القانون الجديد المعدل لانصبة الورثة ، فيسرى على الورثة التعديل الجديد لانه لم يكن لهم فى ظل القانون القديم ــ والمورث لم يمت بعد ــ حقوق مكتسبة ، بل كان لهم مجرد أمل فى الارث ، وهـو ما يجوز للقـانون الجديد تحطيمه أو المساس به (١) .

وكذلك الحال فى الوصايا ، يسرى القانون الجديد على ما يستحق منها بعد نفاذه ولو كانت محررة فى ظل القانون القديم ، ولا يسرى على ما استحق منها فى ظل القانون القديم (٢) . فلو كان القدر الجائز فيه الايصاء هو نصف التركة ، وحررت وصية بالنصف ، ثم صدر قانون جديد يحدد نصاب الايصاء بالثلث فقط ، فان القانون الجديد ــ ان كان صدوره ونفاذه بعد وفاة الموصى ــ لا يسرى على الوصية ، فتظل صحيحة ونافذة فى النصف ، لان الموصى له قد اكتسب بموت الموصى حقا فى هذا النصف . وان كان صدور القانون الجديد

---

(١) Aubry et Rau, op. cit., t. I, § 30, p. 123

(٢) Aubry et Rau, op. cit., § 30, p. 133

ونفاذه قبل وفاة الموصى ، فهو يسرى على الوصية المحررة فى ظل القانون القديم فلا تكون نافذة الا فى الثلث فقط ، لان الموصى له ـ رغم تحرير الوصية فى ظل القانون القديم ـ لم يكن قد اكتسب بعد حقا فى الوصية اذ كان الموصى ما يزال حيا ، بل كان له مجرد أمل غير يقينى فى استحقاق الوصية يوما من الايام ، فيملك القانون الجديد تفويته عليه أو الانتقاص منه ·

وكذلك كل تقادم لم يكتمل فى ظل القانون القديم لا يعتبر حقا مكتسبا للمستفيد منه ، بل هو مجرد أمل عنده بالاستفادة منه عند اكتماله ، فيجوز للقانون الجديد نقضه أو المساس به ، دون أن يعتبر لذلك رجعى الاثر (١) ·

١٩٠ ـ استثناءات مبدأ عدم الرجعية

تفسر النظرية التقليدية اذن مبدأ عدم الرجعية بعدم مساس القوانين الجديدة بما تم اكتسابه من حقوق فى ظل القوانين القديمة ، ولكنها تورد على هذا المبدأ بعض استثناءات يجوز فيها المساس بالحقوق المكتسبة ، أى تجوز فيها رجعية القوانين الجديدة · وهذه الاستثناءات هى :

(أ) النص الصريح على الرجعية : ترى هذه النظرية أن مبدأ عدم الرجعية مبدأ يقيد القاضى ولا يقيد المشرع · وهذا أمر مسلم فى الفقه بوجه عام · ومعناه أن للمشرع الحق فى أن ينسحب بالتشريع الجديد على الماضى اذا أراد ، وانما يجب عليه حينئــذ ــ فى الرأى الراجح ــ النص صراحة على رجعية هذا التشريع ، فلا يكفى الاستناد فى ذلك الى ارادته الضمنية (٢) ، فاذا خلا التشريع من نص صريح على رجعيته ، فلا يملك القاضى تطبيقه على الماضى والمساس بما تم اكتسابه فيه من حقوق .

---

(١) Aubry et Rau, op. cit., § 30, p. 124

(٢) فى هــذا المعنى :

Aubdy et Rau, op. cit., § 30, p. 103. — Josserand, op. cit., t. I, No. 79 — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 150, — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 305.

وهذا الاستثناء المجمع عليه فى القانون الفرنسى رغم عدم وجود نص يقرره ، تنص عليه صراحة ـ كما سبق البيان ـ الدساتير المصرية المتعاقبة . وهو استثناء مبرر حينما يتطلب الصالح العام الرجوع الى الماضى ونقض ما اكتسب فيه من حقوق أو تكون من مراكز قانونية أو ترتب عليها من آثار ، أى حينما تصبح الرجعية ضرورة تفوق ضرورة الاستقرار فى المعاملات . ومن هنا ينبغى على المشرع القصد فى استعمال ما له من حق النص على رجعية القوانين ، الا فيما يحقق مصلحة للجماعة يهون فى سبيل تحقيقها الاخـــلال باستقرار المعـــاملات .

وأيا ما كان الامر ، فهذا الاستثناء ليس مطلقا ، اذ المشرع مقيد بمبدأ عدم الرجعية فيما يتعلق بالقوانين الجنائية . فلا يملك النص صراحة ـ فى تشريع يقرر جريمة أو عقوبة جديدة ـ على رجعية هذا التشريع والعقاب بمقتضاه على ما ارتكب قبل نفاذه من أفعال . وهذا هو المقرر فى القانون المصرى كذلك كما سلفت الاشارة .

(٢) **القوانين الجنائية الأصلح للمتهم :** استثناء من مبدأ عدم الرجعية ، تنسحب القوانين الجنائية الجديدة على الماضى فتحكم ما ارتكب قبل نفاذها من جرائم أصلح للمتهم ، بأن كانت تمحو الجريمة أو تخفف العقاب . ذلك أن حق الجماعة فى تقرير الجرائم والعقاب عليها مرتهن بالصالح العام ، فاذا اقتضى هذا الصالح من بعد محو الجريمة أو تخفيف العقاب ، فهو يقتضى كذلك افادة من ارتكبها فى ظل القانون القديم من المحو أو التخفيف . وسنرى من بعد أن افادة المجرم أو المتهم مما يصدر بعد ارتكابه الجرم من قوانين جنائية أصلح له ؛ أمر مقرر فى القانون المصرى (م ٢/٥ و ٣ عقوبات) .

(٣) **القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب :** لئن كان المبدأ أن سريان القانون الجديد مشروط بعدم المساس بالحقوق المكتسبة فى ظل القانون القديم ، فاستثناء من ذلك يسرى القانون الجديد على الماضى فيمس الحقوق المكتسبة اذا كان متعلقا بالنظام العام أو الاداب . فقواعد النظام العام والاداب قواعد آمرة

لا تجوز مخالفتها أو الوقوف في سبيل سريانها احتجاجا بحق مكتسب ، ولذلك تعتبر القوانين المتعلقة بالنظام العام والاداب ــ عند النظرية التقليدية ــ قوانين رجعية خروجا على مبدأ عدم رجعية القوانين (١) ٠

ومن تطبيقات هذا الاستثناء (٢) ــ عند أنصار النظرية التقليدية ــ القوانين الخاصة بتعديل سن الرشد ، فهى عندهم قوانين ذات أثر رجعى لتعلقها بالنظام العام ٠ فاذا صدر قانون برفع سن الرشد ، فهويسرى فورا على كل الاشخاص الذين لم يبلغوا بعد عند نفاذه هذه السن الجديدة ٠ فيعتبرون قاصرين ابتداء من يوم نفاذه ، رغم سبق اعتبارهم راشدين فى حكم القانون القديم ٠

وكذلك الحال فى قوانين الغاء الرق ، فهى ــ لتعلقها بالنظام العام ــ تنسحب على الماضى ، فيتحرر كل الرقيق الموجود فور نفاذها ، رغم ما فى ذلك من مساس بما لمالكيهم عليهم من حقوق مكتسبة ٠ وكذلك الحال فى القوانين التى تحرم الطلاق ، فانها ــ لتعلقها بالنظام العام ــ تسرى على من تزوجوا قبل نفاذها ، رغم ما فى ذلك من مساس بما كان لهؤلاء من حق مكتسب فى الطلاق ٠

غير أن بعض أنصار النظرية التقليدية لا يطلقون هاذ الاستثناء ، بل يحدون منه على أساس حصر النظام العام الذى يبرر رجعية القوانين المتعلقة به فى نطاق محدود من نطاقه العادى المعروف (٣) . وبذلك يوجدون ــ فى صدد

---

(١) أنظر فى الاشارة الى رجعية هذه القوانين فى منطق النظرية التقليدية :
Roubier, op. cit., t II, No. 87, pp. 109, 111

(٢) أنظر فى الاخذ بهذا الاستثناء فى القانون المصرى :
عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، فقرة ١٥٥ ٠

(٣) انظر فى الاشارة الى هذا الراى وانصاره :
Roubier, op. cit., t. II, No. 87, pp. 109, 110

ويذهب كذلك أستاذانا السنهورى وأبو ستيت الى الحد من هذا الاستثناء . فهما ان كانا يطلقانه فى صدد قوانين الاحوال الشخصية المتعلقة بالنظام العام ، الا أنهما يحدان منه فى صدد ما يتعلق بالنظام العام من قوانين المعاملات ، فيفرقان بين « النصوص التى يقصد منها حماية مصلحة عامة ــ كالقانون الذى يعطى للاوراق المصرفية سعرا جبريا ــ ... فانها تسرى على العقود التى تمت قبل صدوره والتى اشترط فيها على المدين الدفع بالذهب ، وبين النصوص المعتبرة من النظام العام والتى تحمى مصالح خاصة ــ كالقانون الذى يخفض الحد الاقصى للفائدة ــ فانها لا تؤثر فى العقود التى تمت قبل صدورها ، بل تظل خاضعة للقانون القديم » (عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، المرجع السابق ، فقرة ١٥٥ ، ص ١٩٨ و ١٩٩) ٠

صدد التنازع الزمانى بين القوانين — نوعا فرعيا من النظام العام له نطاق خاص محدود .

(٤) القوانين التفسيرية : يحدث أحيانا ان تختلف المحاكم على تفسير تشريع معين اختلافا كبيرا أو تأخذ فى تفسيره بمعنى لم يكن يقصده المشرع ، فلا يرى المشرع مناصا من التدخل بنفسه واصدار تشريع جديد يفسر به الحكم الوارد فى التشريع الاول · وحينئذ يسرى التشريع الثانى ، أى التشريع التفسيرى ، على الوقائع التى حدثت قبل صدوره فى ظل التشريع الاول ، استثناء من مبدأ عدم الرجعية · ذلك أن التشريع الثانى ، بما يتضمن من تفسير التشريع الاول ، يعتبر جزءا منه ، فيكون طبيعيا اذن أن يمتد الى حكم الوقائع التى حدثت فى ظل التشريع الاول (١) ، فيلتزم القضاء بتطبيقه فى الدعاوى التى ما زالت منظورة أمامه بشأنها ، أما الدعاوى التى سبق الفصل فيها — قبل صدور التشريع التفسيرى — بأحكام نهائية ، فيمتنع تطبيقه عليها من بعد ، أمام قوة الامر المقضى ، حتى ولو كانت هذه الاحكام قد أخذت بتفسير مخالف .

ويبدو أن أنصار النظرية التقليدية لا يفرقون فى صدد هذا الاستثناء بين ما يقصد به من التشريعات التفسير حقيقة وبين ما يتخذ منها تحت ستار التفسير وسيلة الى تغيير أو تعديل أحكام تشريعات سابقة ، مادام المشرع يصفها بالصفة التفسيرية ، اذ هو يظهر بذلك ارادته فى رجعيتها ، وهو يملك فرض الرجعية اذا شاء (٢) .

١٩١ — تقدير النظرية التقليدية

تلك هى النظرية التقليدية فى حل التنازع الزمانى بين القواعد القانونية على أساس مبدأ عدم الرجعية وفهم معنى الرجعية على أنه المساس بحق مكتسب · وقد لاقت هذه النظرية رواجا كبيرا فى الفقه والقضاء طوال القرن الماضى فى

---

(١) انظر فى الاشارة الى تبرير النظرية التقليدية لهذا الاستثناء على هذا الاساس : Roubier, op. cit., t. I, No. 58, p. 468.

(٢) Aubry et Rau, op. cit., t. I, § 30, pp. 108 - 110, et note (10)

فرنسا ، حتى بدت حينذاك كأنها من المسلمات ، بل ومازال أثرها ملموسا الى اليوم فى أحكام القضاء — رغم تخلى الفقه الحديث عنها — حيث لا تزال تردد اصطلاحات « الحق المكتسب » و « مجرد الأمل » .

غير ان الواقع أن هذه النظرية لا توفق فى اعطاء معيار محكم لمعنى الرجعية . فمعيار « الحق المكتسب » الذى ترى فى المساس به رجعية من جانب القانون الجديد ، معيار مبهم كل الابهام لا يفصح فى جلاء عن معنى الرجعية . ولذلك تضاربت أراء أنصارها حول تعريفه ، حتى انتهى الامر الى أن تغدو فكرة « الحق المكتسب » مجرد حيلة لمنع سريان القانون الجديد على ما يراد سلفا عدم المساس به (١) .

والأخذ بمعيار « الحق المكتسب » ينتهى كذلك الى نتائج غير مقبولة(٢). اذ منطق تقرير مبدأ عدم الرجعية وفهمه على أنه عدم المساس بالحقوق المكتسبه ، يقود الى القول بان القوانين الجديدة لا تملك المساس باى حق من الحقوق القائمة من قبل أو الغاءها أو تعديلها ، فلا تملك مثلا — بتعديل نظام الملكية — تطبيقه على الملكيات القائمة والا كانت رجعية . وتلك نتيجة غير معقولة اذ القانون لا يكفل الى الابد الابقاء على الحقوق أو استعمالها مؤبدا بوضعها القائم (٣) ، فضلا عما فيها من سد الباب أمام كل اصلاح مستقبل (٤) .

وفضلا عن عجز معيار الحق المكتسب الذى تعطيه هذه النظرية نراها تخلط خلطا كبيرا بين الاثر الرجعى والاثر المباشر للقانون الجديد . فثم سريان لقوانين جديدة يعتبر فى منطق هذه النظرية تطبيقا رجعيا لها فى حين أن

---

(١) أنظر فى ذلك :
Roubier, op. cit., t. I, No. 36, pp. 323, 324

(٢) أنظر فيما يؤدى اليه التمسك بمعيار الحق المكتسب من نتائج غير معقولة فى صدد المراكز القانونية التى يدركها القانون الجديد وهى ما تزال فى دور التكوين بالنسبة لما تم من عناصر هذا التكوين فى ظل القانون القديم :
Roubier, op. cit., t. I, No. 36, p. 326.

(٣) مقالنا سالف الذكر ، ص ١٠٢ — ١٠٣ .
Aipert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 285.

(٤) Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 106, p. 173.

لا رجعية فى الامر ، اذ لا يعدو سريانها أن يكون تطبيقا مباشرا لا يرجع الى الوراء وانما يبتدىء من يوم نفاذها .

فالنظرية التقليدية ترى مثلا فى تطبيق القانون القاضى بتحريم الرق على كل من يملك رقيقا وقت نفاذه وفى تطبيق القانون القاضى برفع سن الرشد على من كانوا راشدين فى ظل القانون القديم ما داموا لم يبلغوا السن الجديدة بعد ، أمثلة من التطبيق الرجعى للقانون الجديد ، أى أمثلة من الاستثناء من مبدأ عدم الرجعية يبرر على أساس تعلق هذه القوانين بالنظام العام . وذلك وهم خاطىء . فسريان القانون الجديد فى الحالين ، انما هو سريان مباشر لا سريان رجعى ، لأنه سريان لا يتعرض للماضى فينقض ما تم فيه ، وانمـــا يتعرض للمستقبل وحـــده فيطبق القانون الجديد ابتداء من يوم نفـــاذه فحسب (١) .

والخلط بين الاثر الرجعى والاثر المباشر على هذا النحو ، هو الذى دفع النظرية التقليدية الى اعتبار القوانين المتعلقة بالنظام العام قوانين رجعية استثناء من مبدأ عدم الرجعية . وهو استثناء لم تكن بحاجة الى تقريره ، لو أنها بصرت بالفيصل الفارق بين الاثر الرجعى والاثر المباشر للقـــانون الجديد (٢) . فأكثر القوانين التى تراها هذه النظرية رجعية وتبيح رجعيتهـــا استثناء ، هى فى حقيقتها قوانين تسرى بأثر مباشر فتتناول ما يقع فى ظلها ابتداء من يوم نفاذها دون تعقيب أو رجوع فيما تم قبل هذا النفاذ .

---

(١) مقالنا سالف الذكر ، ص ١٠٣ و ١٠٤ .

(٢) ولو كان مثل هذا الاستثناء واجبا ، لانتهى الامر — فى غير دائرة العقود — حيث قوانين النظام العام كثيرة ، الى اعتبار هذه الكثرة من القوانين رجعية فيما يتناوله فى الحقيقة سلطانها المباشر ، ولمـــا كان مفهوما حينئذ رفض رجعية القوانين الجنائية كمبدأ اساسى مسلم وهى فى طليعة القوانين المتعلقة بالنظام العام . وهذا ما حدا ببعض أنصار هـــذه النظرية — كما سبق القول — الى أن يحدوا من مضمون « النظام العام » الذى تجوز رجعية القـــوانين المتعلقة به استثناء ، على غير أساس قانونى أو منطقى معقول .

ثانيا — نظرية ديجى (١)
فى التفرقة بين المراكز القانونية الموضوعية والشخصية

١٩٢ — تمهيـد :

يرى « ديجى » أن اصطناع التفرقة التقليدية بين الحق المكتسب ومجرد الامل ، قد اسهم الى حد كبير فى تضخيم صعوبات تطبيق مبدأ عدم رجعية القوانين » ، وأن مثل هذه الصعوبات ما كانت لتثور لو أطرحت فكرة الحقوق المكتسبة ولو فهم أن القوانين فى خطابها للافراد انما تواجه أعمالا (actes) او مراكز (Situations) ، وأنه يجب لتحديد مدى تطبيقها فى الزمان التمييز فى شأنها بين ما تواجهه من هذه أو تلك (٢) .

١٩٣ ـ القوانين المتعلقة بالاعمال

يرى « ديجى » أن حل التنازع الزمانى تين القوانين المتعلقة بالاعمال حل بديهى ويسير لا يحتمل الخلاف . فكل عمل — سواء كان ماديا أو قانونيا — يحكم منطقا بالقانون الذى حدث فى ظله ويظل محكوما بمثل هذا القانون وحده فلا يتأثر بأى تعديل قد يرد على هذا القانون من بعد(٣) .

وأهم تطبيق لهذا الحل هو أن القانون المنشىء لجريمة جديدة ، لا يجوز — — والا كان رجعيا — العقاب بمقتضاه على ما ارتكب قبل نفاذه من أفعال كانت مباحة وقت ارتكابها طبقا للقانون السائد حينئذ .

والتصرفات القانونية التى تمت أو أبرمت طبقا لشروط القانون السائد وقت تمامها أو ابرامها ، تظل صحيحة دون أن يستتبع بطلانها صدور قانون جديد يتطلب شروط صحة جديدة ٠ ولذلك فان العبرة فى صحة الوصية تكون بالقانون الذى حررت فى ظله ، لا بالقانون الذى توفى الموصى فى ظله (٤) .

---

(١) راجع فى ذلك :
Duguit, op. cit., t. II, Nos. 21, 21 a, pp. 228 - 267.

(٢) Duguit, op. cit., t. II, No. 21, p. 231.

(٣) Duguit, Ibid.

(٤) Duguit, op. cit., No. 21, p. 235.

١٩٤ ـ القوانين المتعلقة بالمراكز القانونية

سبق أن أشرنا الى المنهاج التجريبى الذى أراد « ديجى » اخضاع القانون له ، وهو المنهاج الذى تأدى به الى انكار كثير من الاسس القانونية التقليدية وفى طليعتها فكرة الحق . وسوف نبسط القول من بعد فى شأن انكار هذه الفكرة . ولكن يعنينا فى هذا المقام أن « ديجى » خلص من انكار وجودمايسمى بالحق الى القول بأن كل ما هنالك هو أن الافراد يخضعون للقانون ، وأن نتيجة هذا الخضوع هى وجود كل منهم فى مركز قانونى معين ، اذ القانون ينشىء دعاوى أو وسائل قانونية معينة تهدف ــ بالحد من بعض الافعال ــ الى كفالة مزايا لبعض الافراد ، مما يضع هؤلاء الافراد فى مركز قانونى معين ، دون أن يصح وصفهم لذلك بأنهم أصحاب حقوق كما كان يذهب الفقه التقليدى (١) .

ومن فكرة « المركز القانونى يستخرج « ديجى » الاصول التى يراها كفيلة بحل التنازع بين القوانين فى الزمان وهو يفرق فى هذا الصدد بين نوعين من المراكز القانونية : المراكز الموضوعية ، والمراكز الشخصية . ويرى الرجعية منحصرة فى المساس بالمراكز الثانية دون الاولى .

(١) التفرقة بين المراكز القانونية الموضوعية والشخصية : يرى « ديجى » أن المراكز القانونية التى يوجد الافراد فيها أما « مراكز موضوعية » (Situations objectives) واما مراكز شخصية (Situations subjectives) ويقصد « ديجى » بالمراكز القانونية الموضوعية تلك التى تستمد من القانون مباشرة بحيث يستقل وحده بتحديد نطاقها ومداها . واما المراكز القانونية الشخصية فتتولد مباشرة عن الارادة وتتحدد بها . واختلاف المصدر على هذا النحو ، هو الذى يعين خصائص ما يولده أو ينشئه من مراكز .

فلكون المراكز القانونية الموضوعية تستمد من القانون مباشرة وتتحدد به، فانها تكتسب نفس صفاته وخصائصه من العموم والدوام والحجة فى مواجهة

(1) Duguit, op. cit., t. I, No. 29, p. 307.

الكافة . وبذلك تواجه هذه المراكز صفات معينة لا أشخاصا معينين ، وتكون كالقانون مصدرها دائمة ، بمعنى أنها لاتنقضى بالقيام بعمل من الاعمال التى يبيحها القانون كمظهر لها ٠ ومن أمثلة هذه المراكز الموضوعية : مركز الناخب ، ومركز الموظف ، ومركز المالك ، ومركز الزوج ، ومركز الابن الشرعى (١) .

أما المراكز القانونية الشخصية ، فلكونها تنشأ وتتولد عن الارادة مباشرة فانها تكون خاصة ومؤقته ٠ فهى خاصة بمعنى أنه لا يستطيع أن يدعيها الا شخص أو أشخاص معينون فرديا بالذات ، ولا تنتج أثرها الا فى مواجهة شخص أو اشخاص معينين كذلك فرديا بالذات . وهى مؤقتة بمعنى أنه اذا تم الفعل المتعلق بها وسلكت وسيلة الدعوى التى تحميها ، فانها تزول دون أن تخلف أثرا أو تترك ثم مجالا لدعوى جديدة ٠ والمثل البارز على هذه المراكز ، المراكز القانونية المتولدة عن العقد ٠ ومن قبيل المراكز القانونية الشخصية كذلك المراكز المتولدة عن الارادة المنفردة ، مثل المراكز المتولدة عن أمرادارى خاص (٢) .

(٢) الرجعية تنحصر فى المساس بمركز قانونى شخصى لا موضوعى

على ضوء التفرقة المتقدمة بين المراكز القانونية الموضوعية والمراكز القانونية الشخصية ، يبنى « ديجى » نظريته فى حل التنازع بين القوانين فى الزمان ، فيذهب الى أن القوانين الجديدة لا تملك — والا كانت رجعية — المساس بالمراكز القانونية الشخصية ، بينما تملك دائما — دون أن تعتبر رجعية — المساس بالمراكز القانونية الموضوعية القائمة (٣) .

واعتبار مساس القانون الجديد بمركز قانونى شخصى من قبيل الرجعية ، انما بقوم على أساس أن مثل هذا المركز انما يتحدد نطاقه ومداه استقلالا عن

---

(١) Duguit, op. cit., t. I, No. 29, pp. 308 - 312.
(٢) Duguit, op. cit., t. I, No. 29, pp. 312 - 314.
(٣) Duguit, op. cit., t. II, No. 21 a, p. 238.

القانون بتصرف ارادى فردى صحيح ومشروع وقت ابرامه . فيكون فى تمكين قانون جديد من تعديل مثل هذا المركز الشخصى الموجود من قبل مساسا بالتالى بالتصرف القانونى الذى ولده وفق القانون السائد وقت ابرامه ، ولا سلطان للقوانين الجديدة — والا كانت رجعية — على ما حدث قبل نفاذها من أعمال مادية كانت أو قانونية . فالقانون الجديد لا يملك اذن المساس بالمراكز القانونية الشخصية القائمة (١) ، لانه لا يملك — دون رجعية — المساس بما ولدها وحددها من تصرفات ارادية سابقة على نفاذه (٢) .

وعلى العكس من ذلك لا يعتبر القانون الجديد رجعيا اذا مس مركزا قانونيا موضوعيا قائما ، لان هذا المركز انما يتحدد نطاقه ومداه بالقانون مباشرة ، بحيث يكاد يعتبر هو القانون نفسه من حيث تطبيقه ، فيكون من الطبيعى تأثره بكل تعديل يصيب القانون .

وعلى ذلك ، فالقوانين المعدلة للحاله وأهلية الاشخاص تنطبق حتى على الاشخاص الذين اكتسبوا هذه الحالة أو تلك الاهلية قبل نفاذها ولو كان اكتسابهم لها نتيجة عمل ارادى . فالقانون الذى يعدل حالة التجنس ، ينطبق — دون أن يعتبر رجعيا — حتى على الاشخاص المتجنسين قبل نفاذه . ولكن من الواضح أن المركز القانونى القائم لا يمسه التعديل الا من يوم نفاذ القانون الجديد (٣) .

والقوانين التى تعدل شروط التمتع بحق الانتخاب والترشيح ومباشرتهما تنطبق — دون رجعية على الاشخاص المكتسبين من قبل نفاذها مثل هذه الحقوق ، فهم فى مركز قانونى موضوعى يمكن تعديله أو الغاؤه فى أية لحظة بقانون جديد (٤) .

---

(١) راجع فى تطبيقات هذا المبدأ :
Duguit, op. cit., t. V, No. 26, pp. 308 - 327.

(٢) Duguit, op. cit., t. II, No. 21 a, pp. 238, 239.

(٣) Duguit, op. cit., t. II, No. 21 a, p. 241.

(٤) Duguit, op. cit., p. 244.

وكذلك فالقوانين التى تعدل نظام الزواج تنطبق — دون أن يكون لها أثر رجعى — على كل المتزوجين حتى ولو كانوا متزوجين قبل نفاذها ، كما هو الشأن فى قانون يبيح الطلاق بعد تحريمه أو يتوسع فى أسباب الطلاق ؛ لأن حالة الاشخاص المتزوجين مركز موضوعى متفرع عن القانون لا عن عقد الزواج الذى لم يكن الا شرطا لتطبيق القانون على الازواج (١) .

والقوانين المتعلقة بنظام الملكية والحقوق العينية تنطبق — دون رجعية — على كل الملكيات والحقوق العينية وقت نفاذها ، حتى ولو كانت متولدة نتيجة تصرفات قانونية مبرمة فى الماضى . ولذلك فالقانون الجديد الذى يعدل مدة التقادم المكسب للملكية ينطبق حتى على أحوال التقادم الذى ابتدأ جريانه فى ظل القانون القديم ، لانه يعتبر قانونا معدلا لنظام الملكية (٢) .

والقوانين التى تحكم مركز واختصاص الموظفين والمحاكم تنطبق على كل الموظفين حتى المعينين منهم قبل نفاذها ، وعلى كل المحاكم حتى المنشاة منها قبل هذا النفاذ (٣) .

١٩٥ — تقدير نظرية « ديجى » (٤)

يجب الاعتراف بأن نظرية « ديجى » تفضل النظرية التقليدية وتعتبر تقدما ملحوظا فى التاصيل الفقهى لمشكلة التنازع بين القوانين فى الزمان .

ولكن ذلك لا ينفى الغموض عن هذه النظرية فيما تتخذه أساسا لحل هذه المشكلة من التفرقة بين المراكز القانونية الموضوعية والمراكز القانونية الشخصية . فيراعى من ناحية ، أن الصفات التى تقول هذه النظرية باختلافها فى النوعين من المراكز القانونية ليست كلها صحيحة ، فليس صحيحا القول بصفة مطلقة ان المراكز القانونية الموضوعية دائمة بينما المراكز القانونية

---

(١) Duguit, op. cit., p. 246.
(٢) Duguit, op. cit., p. 249.
(٣) Duguit, op. cit., p. 250
(٤) أنظر فى تفصيل نقد هذه النظرية خاصة :
Roubier, op. cit., t. I, No. 39, pp. 346 - 358; No. 69, pp. 588 - 591.
وانظر كذلك :
Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 106, p. 175.

الشخصية موقوتة (١) . ويراعى من ناحية ثانية ، أنه ليس صحيحا القول بأن المراكز الموضوعية تصدر مباشرة عن القانون ، اذ القانون انما يقتصر على تحديد المراكز القانونية بصفة مجردة ، ولكن لا بد ـ لكى تتحقق هذه المراكز المجردة واقعيا ـ من تدخل وقائع قانونية معينة من فعل الطبيعة أو فعل الانسان (٢) ، وهذا ما لبث أن أدركه « ديجى » وحاول تفاديه عن طريق القول بان هذه الوقائع تكون شرطا لتطبيق القانون فيما يحدده من مراكز .

ولذلك فاذا كانت هذه النظرية تجعل فى الظاهر معيار التفرقة بين المراكز الموضوعية والشخصية هو المصدر الذى يولد ويحدد كلا من النوعين من المراكز ، فحيث يكون هو القانون يكون المركز موضوعيا ، وحيث يكون هو الارادة يكون المركز شخصيا ، الا أنها فى الحقيقة لا تعتد بهذا المعيار بقدر ما تعتد بالصفة الفردية الخاصة الموقوتة أو بالصفة العامة الدائمة للمركز القانونى . وهنا تبدو عدم دقة التفرقة ، اذ ثمة مراكز قانونية تكون لها الصفة الخاصة الموقوتة ، كمركز محدث الفعل الضار ، ومع ذلك لاتعتبر عند هذه النظرية مراكز قانونية شخصية بل مراكز قانونية موضوعية . وفى اعتبارها كذلك ، ما يجعل للقانون الجديد ـ دون وصفه بالرجعية ـ سريانا عليها ومساسا بها ، رغم ما فى ذلك من تناقض مع ما تقدمه هذه النظرية من أن الافعال والاعمال تحكم بالقانون الذى تحدث فى ظله بحيث لا يملك القانون ـ دون رجعية ـ المساس بما حدث قبل نفاده منها . وهذا يكشف عن عدم وجود فاصل دقيق ـ عند هذه النظرية ـ بين الاعمال وبين ما يتولد عنها من مراكز قانونية .

وكذلك فان هذه النظرية تكاد تهدر ما تقرره من ضرورة احترام القانون الجديد للمراكز الشخصية ، حينما تعتبر الدعاوى التى تحمى هذه المراكز مجرد خلق من صنع المشرع بحيث تخضع دائما لاى تعديل قد يأتى به (٣) .

---

(١) Roubier, op. cit., t. I, No 39, pp. 349, 350

(٢) Roubier, op. cit., p. 350

(٣) Roubier, op. cit., t. I, note (1) pp. 353, 354.

ثالثا — النظرية الحــديثة

فى التفرقة بين الاثر الرجعى والاثر المباشر (١)

١٩٦ ـ تمهيد

على أساس البصر بالتمييز بين الاثر الرجعى والاثر المباشر للقاعدة القانونية ، قامت نظرية جديدة لقيت وما زالت تلقى فى الفقة رواجا كبيرابعد أن تخلى الجانب الاكبرمنه عن تاييد النظرية التقليدية ، دون أن ينحازالى نظرية « ديجى » . وقد كان للفقيه الفرنسى الكبير « روبيه » فضل كبير فى بسط هذه النظرية والدعوة اليها فى كتابه القيم من جزئين عن تنازع القوانين فى الزمان » (٢) . وسنعتمد آراءه فى ايضاح هذه النظرية — وان كانت تختلف فى شأن بعض التفصيلات الجزئية عن آراء بعض أنصارها الاخرين — اذ يبقى جوهر النظرية واحدا هو التفرقة بين الاثر الرجعى والاثر المباشر للقانون الجــديد .

ونقطة البدء عند هذه النظرية أن القانون الجديد له أثر مباشر أى يسرى ابتداء من يوم نفاذه ، وليس له أثر رجعى ، أى لا يسرى على ما يسبق يوم نفاذه. فسريان القانون الجديد فى الزمان اذن لهوجهان : وجه سلبى هوانعدام أثره الرجعى ، ووجه ايجابى هو أثره المباشر . فنتكلم أولا فى الوجه السلبى لسريان القانون الجديد فى الزمان ، ثم فى وجهه الايجابى .

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :
Roubier, Les conflits de lois dans le temps, 2 vol., 1929 - 1933.
وانظر كذلك :
Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, Nos, 48 - 62 — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, Nos. 106 - 109. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, Nos. 278 - 315.

(٢) أنظر فى الاشارة الى هذا الكتاب الهامش السابق .
وقد أصدر المؤلف أخيرا طبعة ثانية مركزة لهذا الكتاب بعنوان :
Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps), 1960
ولكن اشاراتنا سوف تنصرف أساسا الى الطبعة الاولى للكتاب بجزئيه .

§ ١ ـ انعدام الاثر الرجعى للقانون الجديد

١٩٧ ـــ القاعدة هى عدم الرجعية

المبدأ أن القانون الجديد ليس له أثر رجعى ، بمعنى أنه لا يرجع فيما تم فى ظل الماضى · فهو لا يملك اعادة النظر فيما تم فى ظل القانون القديم من تكون أو انقضـــــاء « مركز قانـــونى » (Situation juridique) (١) أو من توافر بعض عناصر هذا التكوين او الانقضاء ، او من ترتب آثار معينة على مركز قانونى. فالعبرةاذن هى بمعرفة تاريخ تكونأو انقضاء المركز القانونىأو توافر ما اجتمع من عناصر هذا التكون أو الانقضاء ، أو تاريخ ترتب الاثار عليه · فان كان المركز القانونى قد تكون أو انقضى أو توافرت بعض عناصر تكونه أو انقضائه فىظل القانون القديم ، فلا يمس القانون الجديد هذا التكوين أو ذلك الانقضـــــاء أو تلك العناصر ، والا كان رجعيا . وان كانت الاثار المتولدة من مركز قانونى قد ترتبت قبل نفاذ القانون الجديد ، فلا تاثير للقانون الجديد عليها ، اذ ليس له أثر رجعى . ونفصل ذلك فيما يلى :

(ا) تكوين أو انقضاء المراكز القانونية : نفرق فى ذلك بين حالتين :

١ ـ لا تسرى القوانين المتعلقة بشروط تكوين أو انقضاء المراكز القانونية على المراكز القانونية التى تكونت أو انقضت فعلا قبل نفاذها ، فمن الرجعيةأن ينقض القانون الجديد ما تم قبل نفاذه من تكون أو انقضاء صحيح لمركز من المراكز القانونية (٢) .

ومن هنـــا ، فالتصرفات القانونية التى أبرمت مثلا عرفيه فى ظل قانون لايشترط الرسمية ، يظل ابرامها صحيحا رغم صدور قانون يخضعها للشكل الرسمى . واكتساب الملكية الذى تم ـــ فى ظل قانون معين بمضى مدة وضع

---

(١) يفضل الاسناذ « روبييه » اصطلاح « المركز القانونى » على غيره من الاصطلاحات . اذ يراه أوسعها جميعا فى هذا الصدد . فهو أفضل عنده من اصطلاح « الحق المكتسب » ذى الصفة الشخصية الظاهرة ، بما يتيح صرفه الى مثل مركز القاصر والمحجور . وهو أفضل عنده كذلك من اصطلاح « الرابطة القانونية » (rapport juridique) الذى يعنى عادة وجود علاقة مباشرة بين شخصين ، اذ قد يكون المركز القانونى منفردا وحجه فى مواجهة الكافة .
(Roubier, op. cit., t. I, No. 42, p. 378)

(٢) Roubier, op. cit., t. I, No. 44, pp. 385, 389.

اليد المقررة فيه ، لا ينقضه صدور قانون جديد بعد ذلك يطيل هذه المدة (١).
وانقضاء دين فى ظل قانون معين بمضى مدة التقادم المقررة فيه ، لايؤثر فيه صدور قانون بعد ذلك يطيل هذه المدة .

٢ — اما اذا كانت المراكز القانونية تحتاج الى وقت طـويل للتكوين أو الانقضاء ، أو كانت تحتاج فى ذلك الى اجتماع عدة عناصر لا تكتمل فى وقت واحد عادة ، وصدر قانون جديد يعدل من شروط التكوين أو الانقضاء قبل تمامه ، فلا يملك القانون الجديد — والا صار رجعيا — اعادة النظر فى عناصر التكوين أو الانقضاء التى اجتمعت وتوافرت فعلا فى ظل القانون القديم ٠

فالمركز القانونى الناشىء عن الوصية مثلا ، لا يتكون الا باجتماع عنصرين ، ابرام الوصية من ناحية ، ووفاة الموصى من ناحية أخرى٠ فاذا صدر قانون جديد بعد ابرام الوصية وقبل وفاة الموصى ، فلا يمس هذا القانون ما تم من ابرام الوصية والا كان ذا أثر رجعى ، لان ابرام الوصية قد تم فى ظل القانون القديم ، فيرجع اليه وحده فى شان صحة ابرامها ، أى فى شان صحة صدورها فى الشكل القانونى وتوافر الاهلية اللازمة فى الموصى ٠ أما ما عدا ذلك فيخضع للقانون الجديد تطبيقا لاثره المباشر ، لان تكوين المركز القانونى الناشىء عن الوصية لم يتم — رغم ابرامها فى ظل القانون القديم — الا بموت الموصى الذى حدث فى ظل القانون الجديد ، ومن هنا يرجع فى تقدير النصاب الجائز فيه الايصاء مثلا الى القانون الجديد ، فاذا كانت الوصية بنصف التركة — وهو النصاب القانونى للايصاء طبقا للقانون القديم الذى أبرمت فى ظله الوصية — لم تنفذ الا فى الثلث ، اذا كان القانون الجديد يحدد نصاب الايصاء بثلث التركة (٢) .

وفى التقادم مثلا — وهو يحتاج الى مدة طويلة — لا يسرى القانون الجديد ، الذى يصدر بعد بدئه وقبل تمامه ، على ما يجتمع فى ظل القانون القديم من

---

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 44, p. 385.

(٢) Roubier, op. cit., t. I, No. 45, p. 388.

العناصر التى تهم تكوينه وتكون لها فى ذاتها قيمة قانونية معينة (١) . ولذلك يكون المرجع فى شان ما يحدث قبل نفاذ القانون الجديد من قطع أو وقف للتقادم الى القانون القديم الذى تم القطع أو الوقف فى ظله (٢) . ومن هنا فالقانون الجديد ـ رغم عدم تمام تكوينه أو انقضاء المركز القانونى الا فى ظله ـ لا يملك ازاء انعدام أثره الرجعى ، الا التسليم بالعناصر التى تهم هذا التكوين أو الانقضاء كما توافرت واجتمعت فعلا فى ظل القانون القديم ٠

(٢) **ترتب الآثار القانونية :** تسرى القوانين المتعلقة بآثار مركز قانونى على ما ترتب من آثار قبل نفاذها أى فى ظل القانون القديم . فاذا كانت الملكية تنتقل بمجرد العقد ، ثم صدر قانون يعلق انتقالها على تسجيل العقد ، فهذا القانون لا يسرى على العقود التى أبرمت قبل نفاذه ، ولا يمس الاثار التى ترتبت عليها ، أى لا يمس ما حصل فعلا من انتقال الملكية فى ظل القانون القديم ٠ واذا كان الطلاق جائزا ، ثم صدر قانون بتحريمه ، فلا تاثير لهذا القانون على ما وقع من طلاق قبل نفاذه ، ولا على ما ترتب على هذا الطلاق فى ظل القانون القديم من انحلال الزواج ٠

أما الآثار التى تستمر وقتا طويلا ، فما تم منها فى ظـــل القانون القديم لاتأثير للقانون الجديد عليه لانه لايملك الرجوع فيما تم،ومالم يتم منها فى ظل القانون القديم يخضعه القانون الجديد لاثره المباشر فلا يعتبر ذلك رجعية منه ٠ فالطلاق مثلا تترتب عليه بعض آثار تستمر وقتا طويلا كالنفقة وحضانة الاولاد . فاذا صـــدر قانون جديد يعـــدل من هذه الاثار ، فلا تأثير له على ماالستحق فعلا من نفقة للمطلقة ولا على ماتم فعلا من حضانة الاولاد فى ظل القانون القديم . انمايسرى القانون الجديد علىالنفقة والحضانة ابتداء من وقت نفاذه ، أى يسرى على كل طلاق صدر فى ظل القانون القديم ما دامت

---

(١) ولذلك فان مدة التقادم التى ابتدأ جريانها فى ظل قانون معين ولكن دون أن تكتمل ، لا تكون لها فى ذاتها قيمة قانونية معينة اذ لا تثبت لها مثل هذه القيمة الا عند تمامها ، ولذلك يملك القانون دائما ــ دون رجعية ــ تعديلها قبل تمامها (أنظر :
Roubier, op. cit., t. I, No. 45, pp. 390, 391.

(٢) Roubier, op. cit., No. 45, p. 389.

آثاره المتعلقة بالنفقة والحضانة لم تستنفد بعد بل ما زالت مستمرة فى ظل القانون الجديد . وليس فى هذا السريان أى أثر رجعى ، لان القانون الجديد لايعيد النظر فيما تم فى الماضى من طلاق وانحلال للزواج ، ولافيما ترتب على ذلك من آثار فى ظل القانون القديم أى فيما استحق من نفقة وتم فعلا من حضانة ، وانما يكون لهذا السريان أثر مباشر لانه ينسحب فقط على مايترتب من هذه الاثار بعد نفاذه(١) ٠

١٩٨ ـ استثناءات عدم الرجعية

المبدأ اذن أنه ليس للقانون الجديد أثر رجعى ، اى ليس له أثر على ما تم فى ظل القانون القديم من تكون أو انقضاء مركز قانونى أو ما اجتمع من عناصر هذا التكوين أو الانقضاء ، ولا على ما ترتب فى ظل القانون القديم من آثار متولدة من مركز قانونى ٠

ولا يرداستثناء علىهذا المبدأ الاحيث ينص المشرع صراحة على الرجعية ، وحيث يـكون القانون الجـديد تفسيريا(٢) . وفى هذين الاستثناءين تتفق النظرية الحديثة مع النظرية التقليدية .

غير أن النظرية الحديثة لا تسلم بالاستثناءين الاخرين اللذين توردهما النظرية التقليدية على مبدأ عدم الرجعية ٠ فهى لا تقر رجعية القوانين المتعلقة بالنظام العام والاداب ، خاصة وأن من أهم هذه القوانين القوانين الجنائية التى ينعقد الاجماع على تحريم رجعيتها كقاعدة عامة (٣) .

وهى لا تقر كذلك اعتبار سريان القوانين الجنائية الاصلح للمتهم — على مايقع قبلنفاذها منأفعال ــ سريانا رجعيا.فالمركز القانونى المترتبعلىالجرم

---

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 47; t. II, No. 108, pp. 331, 332.

(٢) نبرر النظرية الحـديثة رجعية القوانين التفسيرية على أسـاس مالهـا من صـفة خاصة ناشئة عن تحول المشرع فيهـا الى مجرد مفسر للقانون ، كالقاضى سواء بسواء . ولذلك يكون لهذه القوانين من الرجعية ما لتغير أحكام القضاء من رجعية ومن مدى لهذه الرجعية ، أى تكون رجعيتها بالنسبة لما لم يفصل فيه نهائيا من القضايا
Roubier, op. cit., t. I, No. 58, pp. 472, 473.

(٣) Roubier, op. cit., t. I, No. 63, pp. 529, 530; t. II, No. 87, pp. 109 - 115

لا يتم تكوينه بمجرد ارتكاب الجرم بل لابد من صـــدور حكم قضائى ولذلك اذا صدر قانون جديد ـــ بعد ارتكاب الجرم وقبل صدور الحكم القضائى ـــ بمحو الجريمة أو تخفيف العقاب ، فيسرى هذا القانون بما له من أثر مباشر، لان الجـــرم ـــ ان كان قد ارتكب فى ظل القانون القـــديم ـــ الا أن المركز القانونى الناشىء عنه لا يتم تكوينه الا فى ظل القانون الجديد (١) .

§ ٢ — الاثر المباشر للقانون الجديد

١٩٩ — ضرورة اكمال مبدأ عدم رجعية القانون الجديد بمبدأ أثره المباشر

ترى النظرية الحديثة أنه اذا كان من المقرر أن القانون الجديد ليس له أثر رجعى (effet rétroactif) أى لا يمس ما تم فى الماضى ، فمن الخطأ الاقتصار ـــ كما تفعل النظرية التقليدية ـــ على مجرد تقرير هذا المبدأ ، اذ هو وحده لا يكفى لحل التنازع بين القوانين فى الزمان . فلئن كان مبدأ عدم رجعية القانون الجديد يمنع سريانه على ما تم من مراكز وآثار قانونية فى ظل القانون القديم ، الا أنه لا يفيد فى بيان أى القانونين ـــ القديم أو الجديد ـــ هو الاولى بالتطبيق والسريان فى شأن المراكز القانونية الجارية، أى فى شأن مايقع بعد نفاذ القانون الجديد ، ويكون مترتبا على ما تم فى ظل القانون القديم ، سواء لاستكمال تكوين أو انقضاء مركز قانونى أو لاستمرار ما ابتدأ فى الترتب من آثاره . لذلك ينبغى ـــ الى جنب مبدأ عدم رجعية القانون الجديد ـــ تقرير مبدأ أثره المباشر ، منعا لاستمرار القانون القديم فى السريان بعد نفاذ القانون الجديد ، أى تقرير مبدأ سريان القانون الجديد على كل ما يقع بعد نفاذه ، حتى ولو كان مترتبا على وقائع أو مراكز نشأت فى ظل القانون القديم (٢) .

---

(١) Roubier, op. cit., t. II, No. 129, pp. 543 - 549.

ويرى الاستاذ « روبييه » على العكس من ذلك أن القوانين الجنائية التى تنشىء جريمة جديدة أو تشدد العقاب على جريمة قائمة ، تكون رجعية اذا طبقت على أفعال ارتكبت فى الماضى . ذلك أنه اذا كان للقانون الجديد دون رجعية سلطان على المصير المستقبل لمركز قانونى جار بمنعه من التكوين أو بالتضييق من آثاره ، فانه لا يملك دون رجعية أن يجعل الجزء الذى توافر من هذا المركز فى الماضى منتجا لاثار لم يكن ينتجها فى ظل القانون القديم أو لاثار أقوى مما كان يستطيع انتاجها فيه (Roubier, op. cit., t. II, No. 129, p. 547)

(٢) Roubier, op. cit., t. I, No. 65, pp. 547 - 557.

وتقرير مبدأ الاثر المباشر للقانون الجديد على هذا النحو يؤدى الى تحقيق ما يقتضيه النظام فى الدولة من وحدة القانون المطبق على المراكز القانونية ذات الطبيعة الواحدة ، ويتفادى ما يؤدى اليه المبدأ العكسى وهو مبدأ الاثر المستمر للقانون القديم من ازدواج أو تعدد الانظمة القانونية فى حكم مراكز متماثلة (١) .

فالقانون الجــديد أذن ــ بما له من أثر مباشر (effet immédiat) ــ تبدأ ولايته من يوم نفاذه ، ليس فقط على ما سوف ينشأ من مراكز قانونية فى ظله ، فذلك بديهى ، ولكن كذلك على المراكز القانونية التى بدأ تكوينها أو انقضاؤها فى ظل القانون القديم ولم يتم هذا التكوين أو الانقضاء الا فى ظل القانون الجديد ، وعلى الاثار المستقبلة لمركز قانونى سابق تكون أو انقضى فى ظل القانون القديم ، أى على الاثار التى تترتب على هذا المركز ابتداء من يوم نفاذ القانون الجديد .

(١) تمام ما بدأ فى الماضى من تكون أو انقضـــاء المراكز القانونية : يسرى القانون الجديد بمقتضى أثره المباشر على المراكز القانونية التى يتم تكوينها أو انقضاؤها فى ظله ، وان كان هذا التكوين أو الانقضاء قد بدأ فى ظل القانون القديم ، بمعنى أن القانون الجديد يكون له أثر مباشر على عناصر هذا التكوين أو الانقضاء التى تتم فى ظله ، أما العناصر التى تمت فى ظل القانون القديم فلا يمسها القانون الجديد ــ كما سبق البيان ــ لانعدام أثره الرجعى .

ومن هنا فالقانون الذى يصدر بعدتحرير الوصية وقبلموت الموصى،يسرى بما له من أثر مباشر ــ أى باعتباره القانون الذى استحقت فى ظله الوصية بموت الموصى بعد نفاذه ــ فى شأن صحة الوصية من حيث الموضوع أى من حيث القدر الجائز فيه الايصاء ومن حيث صحة الشروط التى تتضمنها الوصية مثلا ، ولكنه لا يسرى فى شأن صحة الوصية من حيث أهلية الموصى أو من حيث

---

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 66. pp. 565 - 566

الشكل ، لانها حررت منه فى ظل القانون القديم فتكون محكومة من هذين الوجهين به .

والقانون الذى يصدر بعد بدء التقادم وقبل اكتماله ، هو الذى يسرى عليه بما له من أثر مباشر لان اكتمال التقادم يتم فى ظله ، ولكن دون مساس بما توافر من عناصره فى ظل القانون القديم. فيخضع التقادم الجارى اذن للقانون الجديد ، فتطول مدته عن المقرر فى القانون القديم ، ان أطيلت فى القانون الجديد (١) .

(٢) الاثار المستقبلة للمراكز القانونية الماضية : يسرى القانون الجديد بمقتضى أثره المباشر على الاثار المستقبلة أى التى تترتب من وقت نفاذه على مراكز قانونية نشأت فى الماضى . أما الاثار الماضية أى التى ترتبت فعلا على هذه المراكز فى ظل القانون القديم ، فقد قلنا ان القانون الجديد لا يملك المساس بها تطبيقا لمبدأ عدم الرجعية .

فالقانون الجديد الذى يصدر معدلا لشروط نفقة المطلقة أو حضانة الاولاد ، يسرى بمقتضى أثره المباشر — كما سبقت الاشارة — على كل نفقة أو حضانة مستقبله مترتبة على طلاق صادر فى ظل القانون القديم ، وأن يكن لاتأثير له على ما استحق من نفقة وتم من حضانة قبل نفاذه . والقانون الذى يحرم الطلاق يسرى بمقتضى أثره المباشر على كل زواج قائم عند بدء نفاذه أى على كل المتزوجين فى ظل القانون القديم ، وان كان لا يملك ابطال ما تم من طلاق قبل نفاذه .

والقانون الذى يصدر معدلا لنظام الملكية وآثارها ، يسرى بمقتضى أثره

---

(١) أما ان قصرت المدة فى القانون الجديد ، فيراعى أن لا يؤدى سريان القانون الجديد الى اعتبار التقادم منتهيا فى ظل القانون القديم ، والا كان فى ذلك رجعية من القانون الجديد ، أو الى اطالة مدة التقادم عن المدة الاطول المقررة فى القانون القديم ، ما دام القانون الجديد يقصر المدة . ولذلك فالاصل أن يتم التقادم بانتهاء المدة الجديدة محسوبة ابتداء من يوم نفاذ القانون الجديد ، الا اذا كانت المدة المقررة فى القانون القديم تكتمل قبل تمام المدة الجديدة محسوبة منذ نفاذ القانون الجديد ، فيستمر تطبيق القانون القديم ويتم التقادم باكتمال مدته . أنظر :

Roubier, op. cit., t. II, No. 99, pp. 242, 243; t. I, p. 391, note (1).

المباشر على كل الملكيات الموجودة وقت نفاذه ، أى يسرى عليها بالنسبة الى المستقبل وحده ، أما الاثار التى ترتبت فى الماضى ، فلا سلطان له عليها لانعدام أثره الرجعى .

٢٠٠ — الخروج على مبدأ الاثر المباشر للقانون الجديد باخضاع المراكز العقدية الجارية للاثر المستمر للقانون القديم

قلنا ان القانون الجديد يسرى بما له من أثر مباشر على المراكز القانونية السابقة والتى ما زالت جارية فى ظله ، سواء من حيث تمام ما بدأ قبل نفاذه من تكوينها أو انقضائها أو من حيث آثارها المستقبلة التى تترتب منذ هذا النفاذ . غير أنه يرد على هذا المبدأ استثناء وحيد خاص بالعقود . فالمراكز العقدية الجارية (les situations contractuelles en cours) وهى التى تم تكوينها قبل نفاذ القانون الجديد وظلت قائمة ومنتجة لاثارها عند هذا النفاذ، تظل محكومة بالقانون الذى تكونت فى ظله دون أن تخضع للاثر المباشر للقانون الجديد . وبذلك يحل مبدأ الاثر المستمر للقانون القديم محل مبدأ الاثر المباشر للقانون الجديد فى شأن المراكز العقدية الجارية ، فيستمر القانون القديم — رغم تعديله أو الغائه — فى حكمها بعد نفاذ القانون الجديد ، سواء فيما يتعلق بآثارها المستقبلة أو طرق انحلالها وانقضائها (١) .

(١) **تبرير الاستثناء :** تؤسس النظرية الحديثة هذا الاستثناء على انتفاء الحكمة من اعمال الاثر المباشر للقانون الجديد فى شأن المراكز العقدية الجارية . فالاثر المباشر للقانون الجديد انما يبرر عندها بما يحققه من وحدة القانون فى الدولة ، تلك الوحدة التى هى اساس النظام فى الروابط والعلاقات القانونية ، فلو لم يطبق مبدأ الاثر المباشر ، لتعددت القواعد القانونية التى تحكم مراكز قانونية متماثلة مما يشيع الفوضى والاضطراب فى المعاملات . بينما الاصل فى المراكز العقدية ، هو تفاوتها وتنوعها تنوعا كبيرا نتيجة مالارادة الافراد من سلطان فى تحديدها،ولذلك فليس لاعمال الاثر المباشر —

---

(١) Roubier op. cit, t. II. No. 85 p. 89 ; No. 152, p. 769.

وهو الذى يهدف الى توحيد القواعد القانونية التى تحكم المراكز المتماثلة — من فائدة بشأنها ، فيبقى للقانون الذى تكونت فى ظله سريانه عليها حتى بعد نفاذ القانون الجديد (١) .

(٢) مدى الاستثناء : اذا كان للقانون القديم أثر مستمر فى شأن طرق انحلال أو انقضاء المراكز العقدية الجارية وفى شأن آثارها المستقبلة فليس هذا الاستثناء بالمطلق ، بل هو محدود فى مداه بقدر الحكمة من تقريره. وقد رأينا هذه الحكمة كامنة فى تنوع واختلاف المراكز العقدية اختلافا تنتفى معه الحاجة الى أعمال مبدأ الاثر المباشر للقانون الجديد فى شأنها بما يقوم عليه من توحيد القواعد القانونية التى تحكم مراكز متماثلة . ولذلك فحيث تتحدد هذه المراكز — رغم استنادها الى عقد من العقود — بمقتضى القانون وحده ومباشرة ، لا توجد حكمة — ووحدتها مفروضة بالضرورة — فى اعفائها من سلطان الاثر المباشر للقانون الجديد واخضاعها للاثر المستمر للقانون القديم استثناء . أما حيث تستقل الارادة بتنظيم هذه المراكز وتحديد آثارها ، فان هذه المراكز تكون بالطبيعة مختلفة ومتفاوتة بتفاوت العقود وتفاوت ارادة الافراد ، مما تنتفى معه الحاجة الى توحيدها باخضاعها للاثر المباشر للقانون الجديد ، فلا يوجد حينئذ حرج فى استمرار خضوعها — بعد نفاذ القانون الجديد — لسلطان القانون القديم . والبصر بذلك يقود الى التفرقة بين العقد أو المركز العقدى وبين النظام القانونى (le statut légal) (٢) فحيث يتعلق الامر بنظام قانونى ، تبقى العقود الجارية محكومة — فى آثارها المستقبلة وطرق انحلالها — بالقانون الجديد طبقا لمبدأ أثره المباشر ، دون أن يجرى عليها حكم الاستثناء المقرر وهو الخضوع للاثر المستمر للقانون القديم . وبذلك ينحصر الاثر المستمر للقانون القديم فى حكم العقود الجارية حيث لا يتعلق الامر بنظام قانونى معين .

---

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 66, pp. 565 - 568; No. 69, pp. 597 - 600.

(٢) Roubier, op. cit., t. II, No. 86, p. 106.

وعلى ذلك يكون أعمال مبدأ الاثر المباشر للقانون الجديد أو اعمال الاستثناء الوارد عليه بتقرير أثر مستمر للقانون القديم مرتهنا بوجود أو عدم وجود نظام قانونى ، وذلك دون اعتبار لما قد يكون للقانون الجديد من صفة آمرة لتعلقه بالنظام العام والاداب . فتظل العقود خاضعة فى أثارها المستقبلة وطرق انحلالها للقانون القديم وحده حتى ولو كان القانون الجديد آمرا متعلقا بالنظام العام والاداب (١) ، طالما أنه لا يخص أو يمس نظاما قانونيا أى طالما أنه يقتصر على دائرة العقود ويخاطب أطرافها بوصفهم متعاقدين فحسب .

ولذلك فرغم تعلق القانون الصادر بتخفيض الحد الاقصى للفائدة الاتفاقية بالنظام العام ، فلا مساس له بالفوائد المستحقة بعد نفاذه بمقتضى عقود مبرمة فى ظل قانون قديم على أساس ما كان يقرره من حد أقصى مرتفع (٢) . فتظل هذه الفوائد واجبة الدفع — بعد نفاذ القانون الجديد وتخفيضه حدهاالاقصى — على أساس الحد الاقصى القديم ، لانه الحد الذى كان مشروعا وقت انعقاد العقد ، والمراكز العقدية تظل محكومة دائما فى آثارها المستقبلة بالقانون الذى تكونت فى ظله رغم صدور قانون جديد معدل لهذه الاثار طالما أنه لا يتعلق بنظام قانونى . ولا يوجد هنا نظام قانونى ، اذ لا يهدف القانون الجديد الا الى تحديد الاتفاقات العقدية الممكنة والحد من سلطات المتعاقدين فى هذا الشأن ، فهو محصور اذن فى نطاق العقدويخاطب الافراد بوصفهم متعاقدين فحسب (٣) .

ولكن القوانين المتعلقة بالزواج تتناول بأثرها المباشر كل زواج قائم عند

---

(١) Roubier, op. cit, t. I, No. 72 pp. 620-623; t. II, No. 48, p. 78, et s, No. 87, pp. 120, 121.

(٢) وعلى العكس من ذلك ، يطبق القانون المخفض للحد الاقصى لسعر **الفوائد القانونية** على الديون — حتى العقدية — الناشئة قبل نفاذه ، ولكن بالنسبة لما يستحق من هذه الفوائد بعد هذا النفاذ . اذ القانون الجديد لا يعتبر متعلقا بالعقود أو قاصرا عليها ، بل هو يخص كل حقوق الدائنية أيا كان مصدرها عقديا أو غير عقدى ، فيكون لذلك متعلقا بالنظام القانونى للالتزامات .(Roubier, op. cit., t. II, No. 78, pp. 21 - 23; No. 87, p. 120)

(٣) **Roubier, op. cit., t. I, No. 72, p. 624; t. II, No. 87, p. 120**

نفاذها ولو كان معقودا قبله ، دون أن يتأتى استبعاد سريانها على أساس القول بأن مراكز الازواج انما تستند الى عقود ماضية ، والعقود تخضع — حتى فى آثارها المستقبلة وطرق انحلالها — للقانون القديم الذى أبرمت فى ظله . ذلك أن الامر هنا يتعلق بنظام قانونى معين هو نظام الزواج ، وهو نظام موحد يفرضه القانون دون اعتداد بارادة الافراد ، اذ ليست ارادة الزوجين هى التى تحدد فى عقد الزواج آثارها من حقوق الزوجين وواجباتهما، فليس لهذه الارادة فى الواقع من سلطان الا مجرد التراضى على اختيار الدخول فى النظام القانونى للزواج كما يعين القانون قواعده ويستقل بتحديدها (١) . فمركز الزوجين اذن ليس عقديا بالمعنى المفهوم الذى تستقل الارادة بتنظيمه وتحديد آثاره . نظرا لتعلقه بنظام قانونى موحد لا يكون العقد الا شرطا لدخولهما فيه وخضوعهما لاحكامه . لذلك يكون من الطبيعى أن يسترد القانون الجديد سلطانه المباشر عليه ، ما دام الزواج — وهو نظام قانونى — يفترض الوحدة ، ولا وجه فى الاصل لتجويز امتداد سلطان القانون القديم واستمراره الا حيث يتصور التعدد والتفاوت .

وكذلك الشأن فى الحقوق العينية . فالاصل أن القانون يعددها على سبيل الحصر ويعين مضمونها ويحدد المراكز القانونية لاصحابها بما تتضمنه من حقوق والتزامات (٢) . ولذلك يكون من الطبيعى أن تسرى القوانين المتعلقة بهذه الحقوق فور نفاذها بمقتضى أثرها المباشر ، دون أن يعطل من هذا السريان لحساب الاثر المستمر للقانون القديم كون هذه الحقوق قد انتقلت أو تقررت لبعض الاشخاص بمقتضى عقود مبرمة فى الماضى ، اذ الامر ليس أمر عقود بل هو أمر نظام قانونى يفترض الوحدة ويستبعد التعدد والتفاوت .

وكذلك الشأن فى القوانين المتعلقة بالعملة أو النقد فى الدولة ، والقوانين

---

(١) Roubier, op. cit., t I. No. 69, p. 598; No. 70, pp. 602, 603 605; t. II, No. 88, p. 122.

(٢) Roubier, op. cit., t. I, No. 70, p. 606.

المتعلقة بالضرائب، وقوانين العمل، فهى تسرى بأثر مباشر على مايترتب بعد نفاذها من اثار بمقتضى عقود مبرمة فى الماضى ، اذ هى لا تواجه مراكز عقدية وانما تتعلق بنظم قانونية . ولذلك فالقانون الذى يصدر بتخفيض قيمة العملة فى الدولة يسرى بأثره المباشر على الاثار المستقبلة لعقود القرض المبرمة قبل نفاذه ، فيجب رد النقود المستحقة بمقتضاها ابتداء من نفاذ القانون الجديد بعددها وقيمتها الحسابية رغم ما قرره القانون الجديد من الهبوط بقيمتها الحقيقية . والقانون الصادر بفرض سعر الزامى للعملة الورقية يسرى بأثر مباشر على الاثار المستقبلة للعقود التى عقدت فى الماضى وكان مشترطا فيها الدفع بالذهب ، فيصبح الدفع بمقتضاها واجبا بالورق ابتداء من يوم نفاذ هذا القانون . والقانون الصادر بفرض ضريبة جديدة على المستأجرين مثلا ، يسرى منذ نفاذه بأثر مباشر على كل مستأجر ولو كان عقد الايجار مبرما قبل هذا النفاذ . وقوانين العمل تسرى بأثر مباشر على الاثار المترتبة منذ نفاذها على عقود العمل الجارية والمبرمة قبل هذا النفاذ(١) .

والخلاصة من فقه النظرية الحديثة : ان القانون الجديد ، من ناحية، ليس له أثر رجعى ، أى لا يملك المساس بما تم فى الماضى من تكوين أو انقضاء مراكز قانونية أو ما اجتمع فيه من عناصر هذا التكوين والانقضاء أو ما ترتب فيه من آثار قانونية ، ولا استثناء من ذلك الا بنص تشريعى صريح أو بقانون تفسيرى . ومن ناحية أخرى . يكون للقانون الجديد أثر مباشر فيسرى على كل ما يقع بعد نفاذه ولو كان مترتبا على مركز قانونى سابق ، ولا يستثنى من ذلك الا المراكز العقدية غير المتعلقة بنظام قانونى التى يستقل الافراد بتنظيم آثارها بارادتهم ، اذ تظل آثارها المستقبلة وطرق انحلالها أو انقضائها محكومة بالقانون القديم الذى تكونت فى ظله . وواضح أن المشرع يملك بنص صريح منه الخروج — فى شأن المراكز غير العقدية — على قاعدة

---

(١) Roubier, op. cit., t. II, No. 88, pp. 126 - 133

الاثر المباشر للقانون الجديد وتقرير مبدأ الاثر المستمر للقانون القديم (١) ، أو الخروج — فى شأن المراكز العقدية — على مبدأ الاثر المستمر للقانون القديم واخضاعها للاثر المباشر للقانون الجديد (٢) .

٢٠١ ــ تقدير النظرية الحديثة

تعتبر النظرية الحديثة اليوم هى النظرية التى يلتف حولها جمهور الفقهاء الفرنسيين المعاصرين ، مما يكاد ينتهى بها الى أن تصير فى القريب النظرية الرسمية للمشرع الفرنسى بعدما تضمنها بحذافيرها المشروع التمهيدى لتنقيح التقنين المدنى الفرنسى الحالى (٣) .

ولعل مما يحمد للنظرية الحديثة ماتمتاز به من وضوح التفرقة بين الاثر الرجعى والاثر المباشر للقوانين الجديدة ، وهى تلك التفرقة التى غفلت عنها وعن أهميتها النظرية التقليدية ، فحدث بذلك من اعمال القوانين الجديدة على المراكز القانونية الجارية أو على آثارها المستقبلة ، أو اضطرت الى اعمالها فى بعض الحالات بوصفها قوانين رجعية ، مع تبرير هذا الخروج على مبدأ عدم الرجعية بتبريرات مختلفة مشكوك فى قيمتها (٤) .

وكذلك فان منطق النظرية الحديثة فى فهم معنى الرجعية فهما واقعيا وفى اقامة حد فاصل دقيق بين الاثر الرجعى والاثر المباشر للقوانين الجديدة ، قد يساعد على تبرير ماكانت تقصر النظرية التقليدية عن تبريره خاصة من ضرورة عدم مساس القوانين الجديدة ــ فى شأن ماتدركه من مراكز قانونية ماتزال فى دور التكوين أو الانقضاء ــ بما اجتمع أو توافر فى الماضى من العناصر التى تهم هذا التكوين أو الانقضاء ما دامت لها فى ذاتها قيمة قانونية معينة ، على أساس اعتبار هذا المساس رجعية غير جائزة ، رغم أن هذه العناصر لاتؤلف

---

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 73, pp. 629, 630.

(٢) Roubier, op. cit., t. I, No. 72, pp. 617, 618

(٣) Avant-projet de code civil, première partie, 1955, *Livre préliminaire*, titre II, pp. 55, 209, 210.

(٤) راجع سابقا ، ص ٣٣٣ و ٣٣٤ .

الحق المكتسب الذى يعتبر المساس به هو الرجعيةعند النظرية التقليدية (١).

ولكننا نأخذ على النظرية الحديثة أنها — وهى بسبيل وضع الفاصل بين الاثر المباشر للقانون الجديد والاثر المستمر للقانون القديم — قد عمدت الى اقامة تفرقة بين المركز العقدى المحض وبين النظام القانونى . وهى تفرقة غير محكمة أو منضبطة ، لا تلبث ان تفتح الباب واسعا لخلافات كثيرةحولها، وتجعل حلول التنازع الزمانى فى هذا الشأن قلقة غير مستقرة (٢) .

ولعل عدم انضباط التفرقة التى يقيمها الاستاذ «روبييه» بين المركزالعقدى والنظام القانونى ، هو الذى حدا ببعض أنصار نظريته الى العدول عنها وادخال فكرة « النظام العام » كعامل يحد من اطلاق اعمال مبدأ الاثر المستمر للقانون القديم فى شأن الاثار المستقبلة للعقود وطرق انحلالها . وهم فى ذلك يستهدون بأحكام القضاء ويستخلصون منها — رغم تحاشيها التصريح — أن استمرار سريان القانون القديم فى شأن الاثار المستقبلة للعقود وطرق انحلالها ، يجب أن يقف أمام تعلق القانون الجديد بالنظام العام . ولكنهم لايطلقون فكرة « النظام العام » كما يقضى بذلك مفهومها فى شأن القوانين الامرة التى ينعدم سلطان ارادة الافراد ازاءها ، وانما يحصرون فكرة النظام العام — فى مجال مشكلة التنازع بين القوانين فى الزمان — فى نطاق خاص محدود (٣) ، يتعين بقوانين النظام العام ذات الاهمية القصوى والخطورة البالغة التى يكون فى استمرار ابقاء العقود الماضية الجارية محكومة بالقانون

---

(١) أنظر : مقالنا سالف الذكر ، ص ١٠٢ — ١٠٣ .

(٢) أنظر فى بيان ذلك : مقالنا سالف الذكر ، ص ١٣٢ و ١٣٣ .

(٣) Beudant et Béquignon-Lagarde, op. cit., t. I, No. 247 — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, No. 62, pp. 59 et 60. — De La Morandière, L'Ordre public en droit privé interne, Etude Capitant, notamment pp. 400, 401. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 108, p. 183. — Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 314.

وانظر فى الأخذ بهذا المعنى فى القانون المصرى :
سليمان مرقس ، فقرة ١١٠ ، ص ١٦٤ — ١٦٦ .

القديم بالمخالفة لها ما يتهدد بخطر جسيم جدى نظام الجماعة العامنفسه (١).
وهذا مايعبر عنه البعض بقولهم ان قوانين النظام العام التى يجب سريانها فور نفاذها بأثر مباشر حتى على الاثار المستقبلة للعقود الماضية هى قوانين النظام العام التى تحمى مصلحة عامة ، دون غيرها من قوانين النظام العام الاخرى التى لا تحمى الا مجرد مصلحة خاصة (٢) .

ولكن التفرقة بين قوانين النظام العام على هذا النحو لاتزيد الامر وضوحا أو تبدد انبهام وعدم انضباط التفرقة الاولى بين « المركز العقدى » و « النظام القانونى» . فهذه التفرقةالجديدة ينقصها التحديد كسابقتها، اذ تجعل قوانين النظام العام درجات تتفاوت من حيث الاهمية والخطورة دون أن تعنى بتحديد معيار هذا التفاوت · أو تجعل هذه القوانين مختلفة باختلاف المصالح التى تحميها ، رغم استعصاء الفصل بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة نظرا لاختلاطهما فى أغلب الاحيان ، ورغم انعدام الحكمة من مثل هذا الفصل ما دامت هذه القوانين كلها — حتى ولو كان هدفها المباشر فى بعضالاحوال حماية بعض المصالح الخاصة — تتعلق بأسس رئيسية فى بناء الجماعة تعلقا يحتم منع كل مخالفة لها .

وبذلك تنتهى هذه التفرقة — كسابقتها — الى مايشبه العدول عن تحديد نطاق سلطان كل من القانون القديم والقانون الجديد فى شأن الاثار المستقبلة لنعقود ، ان تترك النطاقين مختلطين دون حد واضح فاصل · وكأنها بذلك تنتهى الى اعطاء القضاء سلطة تقديرية مطلقة فى وضع هذا الحـــد فى صـــدد كل حالة بخصوصها ، وليس فى ذلك ما يعين على تحقيق ما يجب من تحديد واستقرار

---

(١) H., L. et J. Mazeaud, op. cit., t. I, No. 148.
ولكن يراعى أن ثمة خلطا عند هؤلاء المؤلفين فى شأن سريان هذه القوانين المتعلقة بالنظام العام على الاثار المستقبلة للعقود ، بين اعتبار هذا السريان سريانا مباشرا أو سريانا رجعيا .

(٢) Capitant, Introduction à l'étude du droit civil, No. 48
وقد سبق أن أشرنا الى أن أستاذينا السنهورى وأبو ستيت يأخذان بهذا المعنى ، ولكن على أساس اعتبار سريان قوانين النظام العام التى تحمى مصلحة عامة سريانا رجعيا استثناء لا سريانا مباشرا (أنظر سابقا ، هامش « ٣ » ص ٣٣١) .

لحلول مشكلة التنازع الزمانى بين القوانين ، فتلك اذن منطقة فراغ فى بناء النظرية الحديثة ٠

وكذلك نأخذ على النظرية الحديثة انها تعتبر — كالنظرية التقليدية وان لم يكن لنفس السبب — القوانين التفسيرية قوانين رجعية استثناء . اذ الواقع أن لا رجعية فى الامر ، لانه لايوجد تنازع حقيقى بين قاعدتين قانونيتين على مدى السريان فى الزمان (١) . فالقاعدة القانونية الجديدة ليست الا تفسيرا لحكم القاعدة القانونية القديمة ، أى أنها ليست بقاعدة تعقبها فى الزمان لتغير من حكمها أو مضمونها ، بل تبقى القاعدة القانونيـــة القــديمة كما هى لا تتغير بصدور القاعدة التفسيرية ، وانما الذى يتغير هو تفسيرها فقط ، وليس فى تفسير قاعدة قانونية قائمة على وجه دون آخر ، ولا فى الرجوع عن تفسير سبق بشأنها — سواء كان التفسير أو الرجوع من جانب المشرع أو من جانب القاضى — أى أثر رجعى ، لان القاعدة التى تطبق واحدة هى القاعدة القديمة ، وأن يكن تفسيرها قد تحدد من بعد على وجه معين .

٢٠٢ — النظريات الفقهية وأحكام القضاء فى مشكلة التنازع الزمانى

تلك هى النظريات الفقهية فى تأصيل حل مشكلة التنازع بين القوانين فى الزمان ٠ ورغم اختلاف هذه النظريات فيما تقوم عليه من أسس ، فان الحلول العملية التى تنتهى اليها تكاد تكون واحدة ، فالخلاف العملى بينها اذن ليس كبيرا ، وانما يكاد ينحصر الخلاف بينها فى تكييف هذه النتائج . ومرد ذلك الى أن النظريات لم تقم الا على تفسير وتبرير احكام القضاء فى شأن التنازع بين القوانين فى الزمان ، فهى لم تبتكر حلول هذا التنازع ، وانما اجتهدت فى تبرير ما وضعه القضاء منها فعلا وحاولت أن تستخلص من ذلك قواعد وأصولا عامة تحدد المدى الزمنى لسريان كل من القانون القديم والقانون الجديد ٠ والواقع أن القضاء ينظر ، فى تغليب أحد القانونين على الاخر ، الى مايحقق التوازن بين ماتقتضيه مصلحة الجماعة من تطبيق القانون الجديد من ناحية ،

---

(١) انظر فى الاشارة الى انصار هذا الرأى :
Roubier, op. cit., t. I, No. 56, p. 469 et note

وبين مايقتضيه استقرار المعاملات من تطبيق القانون القديم من ناحية أخرى ، وهو يعتد فى ذلك بقصد المشرع الضمنى (١) وبطبيعة القوانين المتنازعة وبالظروف الخاصة بكل قضية مطروحة أمامه ٠

واذا كان القضاء ينأى بنفسه على هذا النحو عن الخلافات الفقهية النظرية حول أصول حل مشكلة التنازع الزمانى بين القوانين ، فانه ـ بعد أن استقرت النظريات الفقهية فى هذا الشأن ـ كثيرا مايتأثر رغم ذلك بما تقوم عليه هذه النظريات من أسس وأصول وبما تستعمل من اصلاحات فيلجأ اليها — على الاقل ـ لتأييد أحكامه واسنادها ٠

وعلى أى حال ، فقد يغنى المشرع الفقه والقضاء عن الاجتهاد فى حل التنازع بين القوانين فى الزمان . فقد ينظم بنفسه فى قانون جديد معين فترة الانتقال بينه وبين القانون القديم ، فيضع لذلك أحكاما وقتية . وفضلا عن هذا التدخل الخاص من جانب المشرع ، قد يتدخل المشرع تدخلا عاما فى هذا الشأن ، فيضع قواعد عامة تحكم التنازع الزمانى بين القوانين بصدد بعض المسائل ، ومن قبيل ذلك ماوضعه المشرع المصرى من حلول لهذا التنازع ستكون محلا للاشارة والبحث فى المطلب الثانى ٠

٢٠٣ ـ الموجهات والاصول العامة فى حل مشكلة التنازع الزمانى

بعد ان عرضنا فيما سبق لفقه النظريات المختلفة فى حل مشكلة التنازع الزمانى بين القوانين ولما يرد عليه من نقد ، نستطيع أن نستخلص — على ضوء ذلك ـ الموجهات والاصول العامة التى نعتقد انها حقيقة بحل هذه المشكلة وهى ترتكز على أسس ثلاثة : الاول ، يمنع سريان القانون الجديد سريانا رجعيا ، والثانى يفرض سريانه سريانا مباشرا ، والثالث يرخص باستمرار سريان القانون القديم فى أحوال معينة ٠

---

(١) أنظر فى تأييد اتجاه القضاء فى هذا الشأن وفى تأصيله :
Beudant et Béquignon-Lagarde, op. cit., t. I, No. 234. — Esmein, op. cit., pp. 172, 173.
شمس الدين الوكيل ، النظرية العامة للقانون ، ١٩٦٤ ، نقرة ٢٠٨ ، ص ٤١٠ و ٤١١ ٠

أما فى شأن **منع السريان الرجعى للقانون الجديد** ، فقد سبق أن رفضنا معيار الرجعية الذى تقدمه النظرية التقليدية على انه المساس بحق مكتسب ومعيار الرجعية الذى يقدمه « ديجى » على أنه المساس بمركز قانونى شخصى ، ولذلك نأخذ بما نراه صوابا عند النظرية الحديثة فى تحديد معنى الرجعية ، فنقرر على ضوئه أن القانون الجديد لايملك اعادة النظر من جديد فيما توافر قبل نفاذه من تمام تكوين أو انقضاء مركز قانونى أو من قيام بعض عناصر هذا التكوين أو الانقضاء أو من ترتب آثار قانونية معينة ·

وأما فى شأن **السريان المباشر للقانون الجديد** ، فمعناه أن القانون الجديد يخضع لحكمه كل ما يحدث فى ظله وابتداء من نفاذه ولو كانت جذوره ترجع الى الماضى . فهو يخضع لسلطانه المباشر المراكز القانونية التى يدركها وهى ما تزال فى دور التكوين أو الانقضاء وذلك بالنسبة لما يتوافر فى ظله من العناصر التى يتم بها هذا التكوين أو الانقضاء ، وكذلك الاثار المستقبلة التى تترتب ابتداء من نفاذه على مركز قانونى سابق .

وأما فى شأن **السريان المستمر للقانون القديم** ، فمن المتفق عليه انصرافه الى الاثار المستقبلة للعقود والى طرق انحلالها التى لاتعدو أن تكون بعض هذه الاثار · وقد عرضنا للخلاف الفقهى حول تحديد مدى هذا السريان ، ورفضنا التفرقة التى يقول بها « روبييه » فى هذا الشأن بين المركز العقدى والنظام القانونى ، وكذلك التفرقة الاخرى ــ التى حاول بعض أنصار النظرية الحديثة احلالها محل تفرقته ــ بين قوانين النظام العام بحسب أهميتها وخطورتها أو بحسب طبيعة المصلحة التى تتصدى لحمايتها .

والواقع ان الاصل كان هو وجوب اطلاق السريان المباشر للقانون الجديد فى هذا الشأن · واذا كان قد تقرر الخروج على هذا الاصل بالسماح للقانون القديم فى استمرار السريان فى شأن الاثار المستقبلة للعقود ، فما ذلك الا لان العقود ــ وهى تقوم على مبدأ سلطان الارادة ــ تستعصى على الوحدة بما تفترض من تنوع آثارها واختلافها ، بينما الحكمة من اعمال الاثر المباشر للقانون الجديد هى وحدة النظم القانونية فى شأن المراكز القانونية المتماثلة ·

واذا كان تقرير مبدأ الاثر المستمر للقانون القديم فى شأن الاثار المستقبلة للعقود ليس الا استثناء من أصل قاعدة السريان المباشر للقانون الجديد ، فيجب أن ينحصر هذا الاستثناء فى حدود الحكمة من تقريره دون توسع فى مداه على حساب هذه الحكمة ·

ومن هنا ، يكون من الطبيعى – فى رأينا – وجوب اطراح السريان المستمر للقانون القديم والعودة للسريان المباشر للقانون الجديد ، حينما يتعلق الامر – فى شأن الاثار المستقبلة للعقود – بقواعد قانونية موحدة يمتنع أمامها الخلاف والتعدد الذى هو الاصل فى المراكز والاثار العقدية ، وهو مايتحقق اذا كان القانون الجديد آمرا لتعلقه بالنظام العام والاداب ، اذ وجود مثل هذا القانون يعنى انعدام سلطان الارادة فى مخالفته ، وضرورة رد العقود وآثارها بالتالى – فى حدوده – الى ضرب من الوحدة والتماثل ، وهو ماتنتفى معه أية حكمة فى تقرير استمرار سريان القانون القديم بالنسبة الى الاثار المستقبلة للعقود المبرمة فى ظله ، ومايتعين معه الرجوع الى الاصل من السريان المباشر للقانون الجديد تحقيقا لما أصبح يفرضه من وحدة لازمة ، خاصة وأن تعلق هذا القانون بالنظام العام والاداب يفيد تعلقه ببعض الاسس الرئيسية فى بناء الجماعة مما يستبعد كل مخالفة لها حتى ولو كانت مترتبة على عقود صحيحة مبرمة فى الماضى ·

ولذلك اذا كان للقانون القديم سريان مستمر فى شأن الاثار المستقبلة للعقود المبرمة فى ظله ، فان هذا السريان يجب أن يقف اذا كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام . ويبدو أن هذا الرأى يحظى بتأييد غير قليل من الفقهاء(١) .بل أنه هو الرأى الذى كان يأخذ به المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى الحالى صراحة ، حيث كان ينص فى المادة السابعة منه على أنه « اذا نسخ قانون جديد قانونا سابقا عليه ، فان القانون المنسوخ يظل مع ذلك ساريا على

---

(١) انظر فى ذلك :
De La Gressaye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 256, p. 231
عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرات ١٨٧ و ١٩٥ و ١٩٦ · — محمود جمال الدين زكى ، فقرة ١٣٨ ·

الروابط والحالات القانونية التى نشأت تحت سلطانهوكلنت مترتبة على ارادة المتعاقدين مالم يوجد نص يقضى بغير هذا أو كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام والاداب» (١) . وهو كذلك الراى الذىتستقر عليه أحكام محكمة النقض المصرية (٢) .

وعلى هذا الاساس يسرى القانون الصادر بفرض سعر الزامى للعملة الورقية بما له من أثر مباشر على الاثار المستقبلة للعقود الجارية والمبرمةفى ظل القانون القديم ، فيصح ابتداء من نفاذ القانون الجديد الدفع بالورق رغم شرط الدفع بالذهب الوارد فى هذه العقود . وكذلك يسرى القانون الصادر بتخفيض الحد الاقصى لسعر الفائدة الاتفاقية ، بما له من أثر مباشر ، على ما يستحق ابتداء من نفاذه منفوائد بمقتضى العقود المبرمة من قبلهذا النفاذ، فلا تدفع الفوائد اذن الا على الاساس الجديد المخفض (٣) . وكذلك تسرى قوانين العمل الجديدة المتعلقة بالنظام العام ، بمقتضى سلطانها المباشر ، على الاثار المستقبلة لعقود العمل المبرمة قبل نفاذها ، وهذا مايصرح به المشرع المصرى) م ١/٦ من قانون العمل ٢ (٤) .

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٢١٤ .

واذا كان هذا النص لم يظهر فى التقنين ، فلانه عدل من بعد فى لجنة المراجعة تعديلا اغفل الجوهرى فيه فى شأن حكم الاثار المستقبلة للعقود الجارية بحيث أصبح قاصرا على تقرير مبدأ عدم الرجعية بوجه عام واستثناء النص الصريح على الرجعية وقوانين النظام العام والاداب منه ، وهو ما رؤى معه عدم الحاجة اليه « اكتفاء بالاحكام الواردة فى الدستور والقوانين الخاصة » (مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٢١٦ و ٢١٨) .

(٢) أنظر بصفة خاصة :

نقض ٢١ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة المكتب الفنى لاحكام محكمة النقض ، س ٤ ، رقم ١٦١ ، ص ١٠٢٨ .ـ نقض ١٦ فبراير سنة ١٩٥٦ ، المجموعة السابقة ، س ٧ ، رقم ٣٣ ، ص ٢٤١. نقض ٢٧ يونيه سنة ١٩٦٣ ، المجموعة السابقة ، س ١٤ ، رقم ١٣١ ، ص ٩٣٦ .

(٣) وهذا ما استقر عليه القضاء المصرى (أنظر الاحكام المشار اليها فى الهامش السابق) ، اذ قضى بتطبيق نص المادة ٢/٢٢٧ من التقنين المدنى الحالى — الذى قرر تخفيض سعر الفائدة الاتفاقية من ٨ ٪ الى ٧ ٪ — بأثر مباشر على العقود المبرمة فى ظل التقنين المدنى القديم ، بحيث تحتسب الفوائد المستحقة بمقتضاها ابتداء من يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ وهو يوم نفاذ التقنين المدنى الحالى على الاساس الجديد المخفض وهو ٧ ٪ .

وانظر كذلك بخاصة فى نفس المعنى :

مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ٢ ، ص ٥٨٤ — عبد الرازق السنهورى ، الوسيط ، ج ٢ ، فقرات ٥١٢ و ٥١٣ ، ص ٩٠٥ — ٩٠٧ . — عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ١٩٦ . — مقالنا سالف الذكر ، ص ١٧١ و ١٧٢ .

(٤) أنظر فى ذلك : كتابنا أصول قانون العمل ، ج ١ ، عقد العمل ، ١٩٦٤ ، فقرة ١٧ ، ص ٧٢ و٧٣ .

يخلص اذن مما تقدم ان الموجهات والاصول العامة التى نقرها لحل مشكلة التنازع الزمانى بين القوانين تنحصر فيما يلى :

(١) ليس للقانون الجديد أثر رجعى ، يملك بمقتضاه اعادة النظر فيما تم قبل نفاذه من تكوين أو انقضاء المراكز القانونية أو من توافر بعض عناصر هذا التكوين أو الانقضاء ، أو فيما ترتب فعلا قبل هذا النفاذ من آثار قانونية .

(٢) للقانون الجديد أثر مباشر يخضع لسلطانه المراكز القانونية التى لا تزال فى دور التكوين أو الانقضاء ولكن دون المساس بما توافر فى الماضى من عناصر هذا التكوين أو الانقضاء ، وكذلك الاثار المستقبلة للمراكز القانونية الماضية ٠

(٣) للقانون القديم أثر مستمر فى شأن الاثار المستقبلة للعقود المبرمة فى ظله ، الا اذا كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام والاداب فيسترد سلطانه المباشر فى حكمها ٠

وواضح أن المشرع يبقى بيده زمام حل مشكلة التنازع الزمانى بين القوانين ، فيملك بنص صريح منه الخروج على هذه الاصول : اما بتقرير رجعية القانون الجديد ، أو بتقرير استمرار سريان القانون القديم حيث يجب اعمال قاعدة الاثر المباشر للقانون الجديد ، أو بتقرير السريان المباشر للقانون الجديد حيث يجب اعمال الاثر المستمر للقانون القديم ٠

المطلب الثانى

الحلول العامة الوضعية لبعض مشاكل التنازع الزمانى

٢٠٤ ـ تمهيد

عنى المشرع المصرى بوضع حلول عامة لبعض مشاكل التنازع الزمانى الهامة (١) ، وبذلك أغنى الفقه والقضاء عن الاجتهاد والاختلاف فى حلها.ولكنه

(١) انظر فى الحلول الواجبة لمشاكل اخرى عملية لم يضع لها المشرع حلولا تشريعية : مقالنا سالف الذكر ، ص ١٦٥ — ١٨٣ ٠

لم يجمع هذه الحلول التشريعية فى موضع واحد ، وانما وزعها على التقنينات الرئيسية المختلفة بحسب طبيعة ما يتصدى لحله من مشاكل . فنتتبع هذه الحلول التشريعية فيما يلى :

٢٠٥ ـ التنازع الزمانى بين قوانين الاهلية

يؤدى تعاقب القوانين فى مسائل الاهلية بما يعدل سن الرشد بالرفع أو الخفض الى تنازع بين القانون الجديد والقانون القديم حول أمرين : الاول، هو معرفة المركز القانونى لمن كان راشدا أو قاصرا فى ظل القانون القديم ومازال عند نفاذ القانون الجديد دون السن الجديدة المرتفعة أو أصبح فوق السن الجديدة المنخفضة ٠ والثانى ، هو معرفة قيمة التصرفات التى صدرت من هؤلاء الاشخاص فى ظل القانون القديم بعد أن تغير الوضع فى ظل القانون الجديد ٠ فنعرض لهذين الامرين على التوالى لنرى الحل الذى قرره المشرع المصرى فيهما .

(١) **أهلية الشخص** : الحل الذى يأخذ به المشرع المصرى ، فى شأن تحديد المركز القانونى للشخص من حيث أهليته عند تغير القانون المتعلق بذلك ، هو سريان القانون الجديد ، اذ تقضى المادة ١/٦ من التقنين المدنى بأن « النصوص المتعلقة بالاهلية تسرى على جميع الاشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة فى هذه النصوص » . وعلى ذلك اذا كان القانون الجديد يرفع سن الرشد من الثامنة عشرة الى الحادية والعشرين ، فان كل من لايزال عند نفاذه دون الحادية والعشرين يعتبر ابتداء من هذا النفاذ قاصرا ويظل كذلك حتى يبلغ هذه السن ، حتى ولو سبق اعتباره راشدا لبلوغه الثامنة عشرة فى ظل القانون القديم ٠ واذا كان القانون الجديد يخفض سن الرشد من الحادية والعشرين الى الثامنة عشرة ، فان كل من يكون بالغا عند نفاذه السن المقررة فيه، بأن يكون بالغا التاسعة عشرة مثلا، يعتبر راشدا فورا هذا النفاذ رغم سبق اعتباره قاصرا فى ظل القانون القديم ٠

وهذا الحل يتفق مع فقه النظرية التقليدية ، سواء فى حال تخفيض سن الرشد على أساس أنه لم يوجد بعد حق مكتسب يمنع سريان القانون الجديد ،

أو فى حال رفع سن الرشد على أساس عدم وقوف الحق المكتسب فى بلوغ سن الرشد أمام قوانين الاهلية نظرا لتعلقها بالنظام العام (١) • وهذا الحل يتفق كذلك مع نظرية « ديجى » فى حال رفع سن الرشد وخفضه على السواء ، على أساس أن مركز الشخص من حيث الاهلية هو مركز قانونى موضوعى يملك القانون دائما تعديله دون أن يوصف لذلك بالرجيعة •

أما فى فقه النظرية الحديثة ، فيبدو هذا الحل متفقا معه فى حال تخفيض سن الرشد ، حيث أن مركز القاصر لم يكن قد انقضى بعد فى ظل القانون القديم • فيملك القانون الجديد تقرير انقضائه ابتداء من يوم نفاذه ، فهذا مقتضى الاثر المباشر للقانون الجديد ، مادام يقتصر على اعتبار القاصر راشدا بالنسبة الى المستقبل أى منذ نفاذه لا منذ بلوغه سن الرشد الجديدة المخفضة اذا كان قد بلغها قبل هذا النفاذ فى ظل القانون القديم (٢) .

أما فى حال رفع سن الرشد ، فيذهب الاستاذ « روبييه » الى أن القانون الجديد لا يملك اعادة من كان معتبرا راشدا فى ظل القانون القديم قاصرا من جديد (٣) ، على أساس أن مركز هذا الشخص كقاصر قد انقضى ببلوغه سن الرشد فى ظل القانون القديم ، فيكون من الرجعية اعادة النظر من جديد فيما تم من هذا الانقضاء (٤) ، وان كانت هذه الرجعية من قبيل الرجعية المخففة لعدم انصرافها الا الى المستقبل وحده ابتداء من نفاذ القانون الجديد (٥) .

---

(١) انظر فى تأثر المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى بهذا التعليل : مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٢١٥ •

(٢) Roubier, op. cit., t. II, No. 105, p. 297.

(٣) انظر فى الأخذ بهذا المعنى فى مصر قبل التقنين المدنى الحالى المذكرة الايضاحية لقانون المجالس الحسبية الصادر فى مصر سنة ١٩٢٥ يرفع سن الرشد من الثامنة عشرة الى الحادية والعشرين (مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٢١٥) • عبد الفتاح السيد جول الأثر الرجعى لقانون المجالس الحسبية الجديد (المحاماة ، س ٧ ، ص ١٦٩ وما بعدها)•

(٤) Roubier, Ibid.; t. II, No. 105, pp. 298 - 303.

وانظر كذلك فى نفس المعنى :

Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 298

ولكن من الواضح أن القانون الجديد يملك — دون رجعية — ابقاء من كان معتبرا قاصرا فى ظل القانون القديم على حاله من القصر حتى بلوغ السن المرتفعة المحددة فيه ، على أساس أن مركز هذا القاصر لم يكن قد انقضى فى ظل القانون القديم فيملك القانون الجديد تأخير هذا الانقضاء (Roubier, op. cit., t. I, No. 44, p. 387).

(٥) Roubier, op. cit., t. I, No. 64, p. 544

ولكننا لا نرى فى حقيقة فقه النظرية الحديثة ما يتعارض مع الحل القاضى باعادة منكان معتبرا راشدا الى حالة القصر ابتداء من نفاذ القانون القاضى برفع سن الرشد · اذ لم لا يقال ان انقضاء مركز القاصر فى ظل القانون القديم قد أدى الى تكوين مركز آخر هو مركزه كراشد ، وان هذا المركز من المراكز المستمرة التى تظل جارية فى الاصل حتى الوفاة ، مما ينبغى معه تمكين القانون الجديد ــ احتراما لسلطانه المباشر ــ من تناول هذا المركز والمساس به ، ما دام لا ينصرف بهذا المساس الى الماضى بل يقصره على المستقبل ابتداء من يوم نفاذه (١) .

لذلك نرى تأييد ما يأخذ به القانون المصرى من تطبيق القانون القاضى برفع سن الرشد على كل من لم يبلغها عند نفاذه ولو سبق اعتباره راشدا فى ظل القانون القديم ، على أساس أن هذا التطبيق تطبيق مباشر لا رجعى لانه ينصرف الى المستقبل وحده دون المساس بمركز الرشد فى الماضى · وهو ــ فضلا عن ذلك الرأى الذى يؤيده كثير من الفقهاء الفرنسيين وبعضهم من أنصار النظرية الحديثة نفسها (٢) .

(٢) **تصرفات الشخص** : أما الحل الذى أخذ به المشرع المصرى فى الامر الثانى الخاص بتصرفات الشخص المبرمة فى ظل القانون القديم ، فهو عدم سريان القانون الجديد عليها تطبيقا لمبدأ عدم الرجعية ، أى تكون هذه التصرفات محكومة بالقانون القديم الذى صدرت فى ظله فلا تتأثر بالقانون الجديد . وعلى ذلك ، فالتصرفات التى عقدها فى ظل القانون القديم أشخاص كانوا راشدين فى حكمه ، تظل صحيحة رغم اعتبارهم قاصرين من جديد ابتداء من نفاذ القانون الجديد (م ٢/٦ مدنى) . والتصرفات التى عقدها فى ظل القانون القديم أشخاص كانوا قاصرين فى حكمه ، تظل باطلة أو قابلة للابطال رغم اعتبارهم راشدين ابتداء من وقت نفاذ القانون الجديد ·

---

(١) مقالنا سالف الذكر ، ص ٢٤٥ .

(٢) انظر فى ذلك :

Aubry et Rau, op. cit., t. I, No. 30, p. 115. — Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I, No. 59. — Esmein, op. cit., p. 90. — Josserand, op. cit., t. I, No. 83.

وهذا الحل محض تطبيق لمبدأ عدم رجعية القانون الجديد أيا كان مفهوم الرجعية . فهو مبرر عند النظرية التقليدية على أساس احترام الحق المكتسب ، وفى نظرية « ديجى » على أساس عدم المساس بالاعمال الماضية ، وعند النظرية الحديثة على أساس احترام المراكز القانونية التى تم تكوينها فى ظل القانون القديم .

٢٠٦ ـ التنازع الزمانى بين قوانين التقادم

الاصل أن القانون الجديد يخضع لسلطانه المباشر كل تقـــــادم ما يزال جاريا عند نفاذه ، اذ يتعق الامر حينئذ بمركز قانونى ما يزال فى دور التكوين فيخضع تمام هذا التكوين للقانون الذى يتحقق فى ظله وهو القانون الجديد ، ولكن دون أن يعنى ذلك مساس هذا القانون ـ والا كان رجعيا ـ بما سبق توافره قبل نفاذه من عناصر تهم هذا التكوين اذا كانت لها فى ذاتها قيمة قانونية معينة . وهو ما نفصله فيما يلى .

(١) انعدام الاثر الرجعى لقوانين التقادم الجديدة :

لا يملك القانون الجديد المساس بما توافر فى ظل القانون القديم من عناصر متعلقة بتكوين مركز التقادم ، كالعناصر المتعلقة ببدئه ووقفه وانقطاعه . والمشرع المصرى صريح فى الاخذ بهذا الحل ، اذ يقضى بأن « النصوص القديمة هى التى تسرى على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفة وانقطاعه ، وذلك عن المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة (م٧/٢ مدنى)وقد ســــبق أن اشرنا الى اتفاق هذا الحل مع فقه النظرية الحديثة ، على اعتبار انمايتحقق من عناصر متعلقة بتكوين او انقضاء مركز قانونى فى ظل القانون القديم يظل محكوما بهذا القانون ، طالما تكون له قيمة قانونية فى ذاته ، فلا يملك القانون الجديد ــ دون رجعية ــ المساس به أو الرجوع فيه عن المدة السابقة على نفاذه .

(٢) الاثر المباشر لقوانين التقادم الجديدة

مقتضى اعمال مبدأ الاثر المباشر للقانون الجديد أن تسرى النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل ، وهذا ما يقرره

المشرع المصرى صراحة بنصه على أن « تسرى النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم منوقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل» (م ١/٧ مدنى) . وأكثر ما يعرض تطبيق هذا المبدأ فى شأن مدة التقادم ، ولكنه يعرض كذلك فيما يتعلق بشروط التقادم الاخرى ٠

١ ــ **شروط التقادم** : الاصل هو سريان القانون الجديد المعدل لشرط التقادم سريانا مباشرا على كل تقادم جار ٠ فتغيير القانون الجديد قابلية الحق للتقادم مثلا ، يكون له أثره المباشر على التقادم الجارى ٠ فالقانون الذى يجعل حقا أو مالا غير قابل للتقادم بعد أن كان قابلا له ، ينهى فور نفاذه التقادم الجارى فى شأنه ٠ والقانون الذى يخضع للتقادم حقا أو مالا كان غير خاضع له من قبل ، يسرى فور نفاذه فيمكن جريان التقادم فى شأنه منه هذا النفاذ لا قبله (١) .

٢ ــ **مدة التقادم** : مقتضى اعمال الاثر المباشر للقانون الجديد على التقادم الجارى هو اخضاعه للمدة الجديدة دون المدة القديمة ٠ ولاصعوبة فى تطبيق ذلك اذا كان القانون الجديد **يطيل** مدة التقادم ، اذ يجب سريان المدة الجديدة الطويلة ولكن مع احتساب ما مضى من مدة جريان فى ظل القانون القديم (٢) ٠ فاذا كانت مدة التقادم خمس عشرة سنة صدر بعد بدئها بعشر سنين قانون يطيل المدة الى عشرين سنة ، فلا يتم التقادم المبتدأ فى القانون القديم اذن الا بعد عشر سنين من نفاذ القانون الجديد ٠

وأما فى حال **تقصير** القانون الجديد مدة التقادم ، فالاصل ـ اعمالا للاثر المباشر لهذا القانون ــ وجوب الاخذ بالمدة القصيرة الجديدة على كل تقادم جار لما يكتمل . ولكن لا يتأتى ذلك الا باسقاط ما سبق جريانه من مدة فى ظل القانون القديم من الحساب ، خشية ما قد يؤدى اليه احتسابها من اعتبار التقادم منتهيا فى ظل القانون القديم واعطاء القانون الجديد بذلك أثرا رجعيا

---

(١) Roubier, op. cit., t. II, No. 99, p. 237.

(٢) Roubier, op. cit, t, II, No. 99, p. 242.

لا يملكه (١) . ولذلك اذا وجب الاخذ بالمدة القصيرة الجديدة ، فينبغى سريانها واحتسابها وحدها منذ نفاذ القانون الجديد دون اعتبار لماجرىمنمدةقبله . وهذا ما أخذ به المشرع المصرى بنصه على أنه « اذا قرر النص الجديد مدة للتقادم اقصر مما قرره النص القديم ، سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك » (م ١/٨ مدنى) .

ولكن لا يتأتى فى كل الاحوال اطلاق أعمال الاثر المباشر للقانون الجديد المقصر للمدةعلى أساس عدم جريانها واحتسابهاالامنذنفاذهذا القانون ،اذ قد يؤدى بالقانون الجديد الى اطالة المدة بينما هو يهدف الى تقصيرها ، وهو ما يتحقق اذا كانت المدة السابق جريانها تنتهى على الاساس القديم الطويل قبل انتهاء المدة الجديدة القصيرة محسوبة منذ نفاذ القانون الجديد . لذلك يكون غير منطقى اعمال الاثر المباشر للقانون الجديد على هذا النحو ، كما لا يتأتى تطبيق هذا القانون على أساس احتساب ما مضى من مدة فى ظل القانون القديم خشية الرجعية على ما سبق البيان ، فلا يبقى من حل معقول الا السماح باستمرار سريان القانون القديم واحتساب التقادم الجارى على أساسه بحيث يتم باكتمال مدته ، وبذلك يحل الاثر المستمر للقانون القديم محل الاثر المباشر للقانون الجديد (٢) . وقد أخذ المشرع المصرى بهذا الحل المنطقى الذى تقرره كذلك النظرية الحديثة (٣) ، اذ بعد أن وضع القاعدة من وجوب اعمال

---

(١) Roubier, op. cit., t. II, No. 99, pp. 232, 242; t. I, note (1), p. 391.

ومع ذلك ، فقد ذهبت محكمة النقض المصرية الى عكس هذا الرأى فى ظل التقنين المدنى القديم مقررة وجوب احتساب المدة السابقة كذلك ، لعدم امكان الغائها أو اهدارها (أنظر : نقض ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ ، مجموعة عمر (المدنية) ، ج ١ ، رقم ٨ ، ص ١٦) .

وأنظر كذلك فى تأييد هذا القضاء ، وفى انتقاد مسلك التقنين المدنى المصرى الحالى فى مخالفته والاخذ بالرأى العكسى المذكور فى المتن : شمس الدين الوكيل ، الموجز فى المدخل لدراسة القانون ، ١٩٦٥ فقرة ١٤٩ ، ص ٢٤٧ — ٢٤٩ .

(٢) Roubier, op. cit., t. II, No. 99, pp. 242, 243.

(٣) أنظر سابقا ، هامش « ١ » ، ص ٣٤٨ .

أنظر مع ذلك فيما يذهب اليه بعض الفقهاء من حل آخر يتلخص فى وجوب احتساب التقادم على أساس المدة القصيرة ، على أن يستنزل منها ما يعادل نسبة ما مضى من مدة فى ظل القانون القديم الى المدة المقررة فيه : عبد الرازق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، هامش (١) ، ص١٩٣

وأنظر فى انتقاد هذا الراى :

Roubier, op. cit., t. II, No. 99, p. 243 et note (2).

الاثر المباشر للقانون الجديد المقصر لمدة التقادم على أساس سريانها منذ العمل به (م ٨ ـ ١ مدنى) ، عاد فخرج عليها بنصه على أنه « اذا كان الباقى من المدة التى ينص عليها القانون القديم أقصر من المدة التى قررها النص الجديد فان التقادم يتم بانقضاء هذا الباقى » (م ٨ ـ ٢) ٠

فالامر يتوقف اذن على قدر الباقى لاكتمال التقادم الذى بدأ فى ظل القانون القديم من المدة المقررة فيه . فاذا كان هذا الباقى أطول من المدة الجـديدة بأسرها ، يصرف النظر عن المدة التى جر تـمن التقادم فى ظل القانون القديم ، وتفتتح مدة جديدة ابتداء من نفاذ القانون الجديد على الاساس القصير الوارد فيه . أما اذا كان الباقى أقصر من المدة الجديدة ، فيتم التقادم بانقضاء هذا الباقى ٠

وعلى ذلك ، اذا كانت مدة التقادم فى الاصل خمس عشرة سنة ، ثم صدر بعد سنة من ابتداء جريان التقادم قانون يقصر المدة الى عشر سنوات فلا اعتبار للسنة التى جرت من التقادم فى ظل القانون القديم ، وتبدأ مدة جديدة فى الجريان من يوم نفاذ القانون الجديد على الاساس الوارد فيه فيتم التقادم بعد عشر سنوات من هذا النفاذ . اما اذا كانت مدة التقادم فى الاصل خمس عشرة سنة ، وصدر بعد ثلاث عشرة سنة من بدء التقادم قانون يخفض المدة الى عشر سنوات ، فيكتمل التقادم بعد سنتين من نفاذ القانون الجديد ، أى بانقضاء الباقى حسب المدة المقررة فى القانون القديم ٠

٢٠٧ ـ التنازع الزمانى بين قوانين الاثبات

تنص المادة التاسعة من التقنين المدنى على أن « **تسرى فى شأن الادلة التى تعد مقدما النصوص** المعمول بها فى الوقت الذى أعد فيه الدليل أو فى الوقت **الذى كان ينبغى فيه اعداده** » ٠

ويعرض هذا النص لنوع معين من الاثبات هو « الاثبات أو الدليل المهيأ » (preuve préconstituée) ، **أى الدليل المعد أو الواجب الاعداد قبل** أى خصومة قضائية ، مما يفترض أن اعداده وتهيئته أو وجوب ذلك ينبغى تحققه وقت صدور الفعل أو التصرف الذى يتصـدى لاثباته . فهو اذن

يصحب هذا الفعل أو التصرف ، مما يجوز ـ فى شأن تكوين المركز القانونى ـ تقريب عناصر اثباته من عناصر تكوينه ، والقول بأن القانون الذ ىيتم فى ظله تكوين المركز القانونى هو الذى يجب أن يحكم اثباته بالدليل المهيأ (١) . وبذلك لا يكون للقانون الجديد سلطان على مثل هذا النوع من الاثبا تأو الدليل نظرا لانعدام أثره الرجعى · فمن الرجعية ـ وهو ما يتفق مع فقه النظرية الحديثة ـ اعادة النظر فيما تم فى الماضى من تكوين مركز قانونى سواء من حيث الموضوع أو من حيث الاثبات ، اذ يبقى القانون الذى تم فى ظله هذا التكوين هو المرجع فى شروطه وفى اثباته ·

واذا كان الدليل المهيأ محكوما دائما على هذا النحو بالقانون الذى أعد أو كان يجب اعداده فى ظله بحيث لا يكون للقانون الجديد سلطان عليه ، فيستوى أن يلغى القانون الجديد دليلا مهيأ كان يفرضه القانون القديم أو يفرض دليلا مهيأ لم يكن يتطلبه القانون القديم ، ففى الحالين يبقى الاثبات خاضعا للقانون القديم وحده (٢) .

وعلى ذلك اذا كان التقنين المدنى يتطلب أصلا الاثبات بالكتابة فى شأن التصرفات المدنية التى تجاوز قيمتها عشرة جنيهات ويكتفى بالاثبات بالشهادة فيما دون ذلك ، فان التصرف الذى عقد فى ظل هذا الحكم وكانت قيمته خمسة عشر جنيها يظل واجب الاثبات بالكتابة حتى بعد صدور قانون الاثبات الجديد رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ الذى يجيز الاثبات بالشهادة فى التصرفات التى لا تجاوز قيمتها عشرين جنيها . ولو افترضنا العكس وكان القانون القديم هو الذى

---

(١) Roubier, op. cit., t. I, No. 56, p. 454.

وذلك على عكس الاثبات الواجب الاعداد أثناء سير الخصومة أمام القضاء ، فانه يخضع بداهة لكل تغيير يحدثه القانون فى شأنه ، أى يخضع للسلطان المباشر للقانون الجديد (أنظر : Roubier, Le droit transitoire, 1960, No. 54, pp. 239 - 242.

(٢) فى هذا المعنى :
Roubier, op. cit., t. I, No. 56, pp. 454, 455; t. II, No. 83, p. 72, et note (1).

ولكن قارن فيما يذهب اليه بعض فقهاء النظرية التقليدية من التفرقة بين الحالتين والقول بسريان القانون الجديد فى الحالة الاولى وببقاء الاثبات خاضعا للقانون القديم فى الحالة الثانية : Aubry et Rau, op. cit., t. I, No. 30, note 66, p. 137.

وانظر فى انتقاد هذه التفرقة :
Roubier, op. cit., t. I, No. 55, pp. 443 - 449.

يجيز الاثبات بالشهادة فيما لا يجاوز عشرين جنيها بينما جاء القانون الجديد موجبا الاثبات بالكتابة فيما لا يجاوز عشرة جنيهات ، فان التصرف الذى عقد فى ظل القانون القــديم وكانت قيمته خمس عشر جنيها يظل جائز الاثبـــات بالشهادة حتى بعد صدور القانون الجديد ٠

وما يصدق فى هذا الشأن على الادلة المهيأة يصدق كذلك على القرائن القانونية (١) . فالقرائن القانونية تشترك مع الادلة المهيأة فى سبق اعدادها قبل أى خصومة قضائية ، ولا تختلف عنها الا فى كون القانون نفسه هو الذى يتولى هذا الاعداد فىشأن القرائن بينما يقععلى عاتق الافراد أنفسهم أمر هذا الاعداد فى شأن الادلة المهيأة ٠ ولذلك فحيث يتطلب القانون اعدادا سابقا للاثبات قبل أى خصومة قضائية ، سواء بفرض أدلة مهيأة أو باستخلاص قرائن قانونية تعفى من تقررت لمصلحته من اثبات ما تقضى به ، فمعنى ذلك نشوء مركز قانونى اثباتى وقت اعداد أو وجوب اعداد الدليل المهيأ أو وقت حصول الوقائع المستخلصة منها القرينة القانونية ، بحيث لا يملك قانون جديد ــ دون رجعية ــ اعادة النظرفيه (٢) . وعلى ذلك ، فحيثينشىء القانون قرينة لمتكن موجودة ، فانها لا تسرى على الوقائع السابقة أو تستخلص منها(٣) . وكذلك حيث يلغى القانون قرينة كان يفرضها من قبل ، فان الوقائع السابقة تبقى خاضعة لما كان مستخلصا منها ــ وقت وقوعها ــ من قرينة .

٢٠٨ ــ التنازع الزمانى بين قوانين المرافعات

فى شأن هذا التنازع ، يعمل المشرع المصرى مبدأ انعدام الاثر الرجعى

---

(١) راجع فى ذلك مقالنا سالف الذكر ، ص ١٧٦ ــ ١٧٨ ٠

(٢) Roubier, op. cit., t. I, No. 56, pp. 449, 450.

(٣) ولذلك فان المادة ٩١٧ من التقنين المدنى المصرى الحالى التى استحدثت قرينة قانونية على نية الايصاء من تصرف الشخص الى أحد ورثته ولكن مع احتفاظه بحيازة العين المتصرف فيها وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته ، لا تسرى على التصرفات السابقة على نفاذ هذا التقنين والا كان سريانها رجعيا (فى هذا المعنى : عبد المنعم البدراوى ، عقد البيع من القانون المدنى ، ١٩٥٧ ، فقرة ٤٨ ٠ ــ منصور مصطفى منصور ، العقود المسماة : البيع والمقايضة والايجار ، ١٩٥٧ ، فقرة ١٦ ، ص ٣٢ ٠ ــ مقالنا سالف الذكر ، ص ١٧٨ عبد الرازق السنهورى ، الوسيط ، ج ٤ ، هامش ص ٢٥ ٠ نقض ١٤ مايو ١٩٦٤ ، مجموعة أحكام النقض ، س ١٥، رقم ١٠٧ ، ص ٦٧٣ ٠ ــ ولكن قارن : أنور سلطان ، شرح البيع والمقايضة ، الطبعة الثانية، ١٩٥٢ ، فقرة ٢٨ ، ص ٤٢ ــ ٤٤) ٠

للقانون الجديد من ناحية ، ومبدأ أثره المباشر من ناحية ثانية . غير انه لايطلق هذا المبدأ الثانى كل الاطلاق ، بل يحد منه فى أحوال معينة بما يؤدى الى اعطاء القانون القديم أثرا مستمرا .

(١) **انعدام الاثر الرجعى للقانون الجديد** : يطبق المشرع المصرى مبدأ عدم الرجعية بنصه على أن كل اجراء من اجراءات المرافعات تم صحيحا فى ظل قانون معمـــول به يبقى صـــحيحا ما لم ينص على غير ذلك (م ٢ — ١ مرافعات) . ومعنى ذلك أن اجراءات المرافعات تخضع للقانون الذى تتم فى ظله ، فاذا تمت صحيحة طبقا لما يتطلبه هذا القانون ، فهى تبقى صحيحة رغم صدور قانون جديد يستلزم شروطا أخرى لصحة هذه الاجراءات . ذلك أن اعمال القانون الجديد وابطال ما تم صحيحا منها فى ظل القانرم القديم ، انما يعتبر سحبا للقانون الجديد على الماضى، وهو ما لا يجوز كقاعدة عامة لانعدام أثره الرجعى .

وكذلك فتأكيدا لانعدام الاثر الرجعى للقانون الجديد ، تنص المادة ٢ ــ ٢ من تقنين المرافعات على أنه لا يجرى ما يستحدث من مواعيد السقوط الا من تاريخ العمل بالقانون الذى استحدثها » (١) .

(٢) **الاثر المباشر للقانون الجديد** : تشير الى هذا الاثر المادة الاولى من تقنين المرافعات بقولها « تسرى قوانين المرافعا تعلى مالم يكن قدفصل فيه من الدعاوى أو تم من الاجراءات قبل تاريخ العمل بها » . ومعنى ذلك أن القانون الجديد يسرى على الدعاوى المرفوعة فى ظل القانون القديم والتى لا تزال منظورة أمام القضاء . ولذلك اذا قرر قانون جديد مثلا نقل الاختصاص بنظر طائفة من الدعاو ىمن جهة قضائية الى جهة قضائية أخرى ، أو من محكمة الى محكمة أخرى فى نفس الجهة القضائية ، فيثبت الاختصاص للجهة القضائية أو المحكمة الجديدة بنظر كل دعوى من هذه الطائفة سبق رفعها فى ظل القانون القديم الى الجهة القضائية أو المحكمة الاولى وما زالت منظورة أمامها لم تفصل فيما بعد .

---

(١) أنظر فى ذلك مقالنا سالف الذكر ، ص ١٥٤ .

وتطبيقا للاثرالمباشر للقانون الجديد ، سبق أننص القانون الصادر بالغاء المحاكم المختلطة على أن تحال الى المحاكم الوطنية كل الدعاوى التى تكون منظورة أمام المحاكم المختلطة عند حلول موعد الالغاء وبالحالة التى تكون عليها . ونص قانون اصدار تقنين المرافعات الجديد على أن تحيل المحاكم بدون رسوم ومن تلقاء نفسها ما يوجد لديها من دعاوى أصبحت من اختصاص محاكم أخرى بمقتضى أحكام هذا التقنين وذلك بالحالة التى تكون عليها ·

(٣) أحوال الخروج على الاثر المباشر للقانون الجديد : رغم أن المبدأ هو تطبيق القانون الجديد للمرافعات بأثر مباشر ، فقد استقر القضاء والفقه فى فرنسا على الخروج على هذا المبدأ فى أحوال معينة بما يؤدى الى تطبيق القانون القديم بأثر مستمر . وسايرهما فى ذلك المشرع المصرى ، فأورد بضعة استثناءات من مبدأ الاثر المباشر لقوانين المرافعات نعرض لها بايجاز فيما يلى (١) :

١ ــ لا تسرى القوانين المعدلة للاختصاص على الدعاوى التى أقفل فيها باب المرافعات قبل نفاذها (م ١ ــ ١ مرافعات)، فتستمر الولاية القديمة للمحكمة الاصلية وتقوم باصدار الحكم فيها · ويرجع استثناء هذه الحالة من مبدأ الاثر المباشر للقانون الجديد الى ما تقتضيه المصلحة العامة ومصلحة الخصوم أنفسهم من عدم اعادة النظر فى نزاع قد استكمل تمحيصه وأصبح صالحا للحكم فيه ·

٢ ــ لا تسرى القوانين المعدلة لمواعيد المرافعات على **ما بدأ قبل نفاذها من مواعيد** (م ١ ــ ٢ مرافعات) · فاذا بدأ ميعاد من مواعيد المرافعات وصدر قبل تمامه قانون معدل له ، فلا يسرى القانون الجديد استثناء مما له من أثر مباشر ، بل يستمر الميعاد فى جريانه حتى ينتهى وفقا للقانون القديم الذى بدأ

---

(١) راجع فى هذه الاستثناءات مقالنا سالف الذكر ص ١٥٦ ــ ١٥٨ .

فى ظله . والمقصود بهذا الاستثناء تحقيق وحدة حساب الميعاد فى نهايته على نفس الاساس الذى قامت عليه بدايته (١) .

٣ — لا تسرى القوانين المنشئة أو الملغية لطرق الطعن على الاحكام الصادرة قبل نفاذها (م١—٣مرافعات) . فاذا صدر قانون ألغى طريقا من طريق الطعن كان موجودا أو أنشأ طريقا جديدا من طرق الطعن لم يكن موجودا ، فلا يسرى هذا القانون على الاحكام التى صدرت قبل نفاذه (٢) . وعلى ذلك فالحكم القابل للطعن بطريق الاستئناف يظل قابلا للاستئناف رغم صدور قانون جديد يلغى هذا الطريق من طرق الطعن فى شأن مثل هذا النوع من الاحكام ، والحكم غير القابل للعمن بطريق النقض لا يصبح قابلا للطعن فيه بهذا الطريق بعد صدور قانون جديد يبيح الطعن بالنقض فى مثل هذا النوع من الاحكام (٢) .

٢٠٩ ـ التنازع الزمانى بين قوانين العقوبات

(١) التشدد فى مبدأ عدم الرجعية : أشرنا من قبل الى أن مبدأ عدم رجعية القوانين هو مبدأ يقيد القاضى ولا يقيد المشرع كقاعدة عامة . فللمشرع — اذا

---

(١) وفى ذلك مخالفة للقواعد الخاصة بالسريان الزمانى للقوانين المطيلة أو المقصرة لمدة التقادم والتى كان يجب اعمالها فى شأن القوانين المعدلة للمواعيدوالمهل بوجه عام ، توحيدا للحلول القانونية فى صدد المشاكل المتماثلة (أنظر :
Roubier, op. cit., t. II, No. 144, p. 730.
ولعل هذه المخالفة تجد ما يبررها من قصر مواعيد المرافعات بالنسبة الى مدد التقادم .

(٢) غير أن هذه الحالة لا تمثل استثناء من مبدأ الاثر المباشر للقانون الجديد فى كل الصور . فحيث يتعلق الامر بأحكام نهائية أو صارت نهائية قبل نفاذ قانون منشىء لطريق جديد من طرق الطعن ، فيكون من الطبيعى عدم سريانه عليها ، بل يكون من الرجعيــة — أمام تمام تكوين المركز القانونى فى ظل القانون القديم — تقرير هذا السريان (قارب : نقض ٢١ فبراير ١٩٥٢ ، مجموعة المكتب الفنى لاحكام محكمة النقض ، س٣ ، رقم٨٩ ، ص ٥٢٠) . أما اذا نعلق الامر بأحكام غير نهائية أو لم تصر بعد نهائية قبل نفاذ قانون جديد ملغ لطريق من طريق الطعن كان موجودا فمقتضى الاثر المباشر تقرير سريانه على مثل هذه الاحكام لان المركز القانونى ما زال جاريا لم يبلغ بعد تمام تكوينه ، ويكون استثناء حقيقيا من مبدأ الاثر المباشر حنئذ منع هذا السريان وتقرير استمرار سريان القانون القديم (قارن مع ذلك ما يذهب اليه بعض الفقهاء من اعتبــار أن سريان القانون الجديد المنشىء أو الملغى لطريق من طرق الطعن على الاحكام الصادرة قبل نفاذه — نهايته كانت أو غير نهائية — هو سريان رجعى وأن منع هذا السريان هو محض نطبيق لمبدأ عدم الرجعية
Roubier, op. cit., t. II, No. 144, p. 728.

(٣) حكم محكمة النقض المذكور فى الهامش السابق .

أراد ـــ سحب القوانين على الماضى بنصه صراحة على ذلك، غير أن سلطته فى هذا الشأن معدومة فى مسائل العقوبات • فالمبدأ هو عدم رجعية القوانين الجنائية التى تبين الجرائم وتقرر العقوبات عليها ، وهو مبدأ يقيد المشرع كما يقيد القاضى ، فلا يملك المشرع ـــ حتى بنص صريح منه ـــ الخروج عليه . وقد حرصت الدساتير المصرية المتعاقبة وتقنين العقوبات المصرى على النص على هذا المبدأ . والواقع أن هذا المبدأ ألزم ما يكون فى قوانين العقوبات خاصة ، وذلك كفالة للحريات الفردية ومنعا من التوصل الى العقاب على أفعال كانت مباحة وقت ارتكابها •

ومقتضى مبدأ عدم الرجعية أن يكون التجريم والعقاب محكوما بالقانون الذى يرتكب الفعل فى ظله ، فلا يسرى على هذا الفعل أى قانون جديد • ولا خلاف على اعمال هذا المبدأ ، ليس فحسب حيث يقرر القانون الجديد التجريم والعقاب على فعل كان وقت ارتكابه مباحا ، بل كذلك حيث يكون الفعل وقت ارتكابه معتبرا جريمة معاقبا عليها ولكن يقرر القانون الجديد تشديد هذا العقاب •

(٢) رجعية قوانين العقوبات الاصلح للمتهم : ليس مبدأ عدم رجعية قوانين العقوبات بالمطلق اذ يرد عليه استثناء خاص بقوانين العقـــوبات الاصلح للمتهم (١) ، فيكون للمتهم الاستفادة من القوانين التى تصدر بعد ارتكاب الجريمة اذا كانت أصلح له من القوانين التى ارتكب الجريمة فى ظلها •

---

(١) ومع ذلك ، ينكر الاستاذ « روبييه » أن فى سريان قوانين العقوبات الاصلح للمتهم على الجرائم المرتكبة قبل نفاذها خروجا على مبدأ عدم الرجعية ، أنظر سابقا ، ص ٤٦٧ وهامش « ٢ » منهـــا . وأنظـــــر فى انتقـــاد هـــذا الرأى : (Esmein, op. cit., p. 153).

ومن ناحية أخرى ، يذهب « ديجى » الى أنه اذا كان التجريم يخضع للقانون السائد وقت ارتكاب الفعل ، فان العقاب يخضع للقانون السائد وقت الحكم . ولذلك فالاصل عنـــده فى العقاب هو سريان القانون النافذ وقت الحكم ، سواء كان أخف أو أشد من القانون النافذ وقت ارتكاب الجرم ، وهو سريان طبيعى لا شبهة للرجعية فيه . ولكن خروجا على هذا السريان الاصلى (أو المباشر) ، خضع العقاب للقانون الذى ارتكب الجرم فى ظله اذا كان هـــذا القانون أخف وأصلح للمتهم من القانون الذى يصدر الحكم فى ظله . وبذلك يقـــلب « ديجى » الوضع المسلم فى العـقاب ، فيجعل الاصل هو تطبيق قانون وقت الحكم ، والاستثناء ـــ لافادة المتهم ـــ هو تطبيق قانون وقت الجرم •

أنظر : Duguit, op. cit., t. II, No. 21 a, pp. 261 - 266

وحكمة هذا الاستثناء ظاهرة ، اذ يقضى الصالح العام ــ هو الذى تتكيف به الجريمة والعقوبة على السواء ــ بعدم أخذ المتهمين بجرائم قد غدت معتبرة أفعالا مباحة ، أو بعقوبات قد ظهرت شدتها فانتهى الامر الى تخفيفها ·

وقد نص تقنين العقوبات المصرى على هذا الاستثناء من مبدأ عدم الرجعية ، بنصه على أنه « اذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائيا قانون أصلح للمتهم ، فهو الذى يتبع دون غيره · واذا صدر قانون بعد حكم نهائى يجعل الفعل الذى حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه ، يوقف تنفيذ الحكم وتنتهى آثاره الجنائية » (م ٥/٢ و ٣) . ويقتضى اعمال هذا النص التفرقة بين ما اذا كان القانون الجديد يقتصر على تخفيف العقوبة أم يصل الى الغائها أو منعها أو الغاء الجريمة ·

١ ــ **تخفيف العقوبة** : اذا صدر قانون جديد ينص على عقوبة أخف من العقوبة المقررة فى القانون القديم ، فيسرى القانون الجديد على الجرائم التى ارتكبت فى ظل القانون القديم ما دام لم يصدر حكم نهائى بشأنها (م ٥ ــ ٣ عقوبات) أى أن استفادة المجرم أو المتهم من القانون الجديد فى هذه الحالة ــ رغم ارتكاب الجريمة فى ظل القانون القديم ــ رهن صدور حكم نهائى بالعقوبة · والمقصود بالحكم النهائى ذلك الحكم الذى استنفدت كل طرق الطعن فيه . فالمهتم يستفيد اذن من كل قانون جديد يصدر بتخفيف العقاب حتى بعد صدور حكم فى شأن جريمته ، ما دام هذا الحكم لم يصبح نهائيا بعد لانه ما يزال قابلا للطعن فيه بطريق المعارضة أو الاستئناف أو النقض · أما اذا أصبح الحكم نهائيا فامتنع الطعن فيه باحدى هذه الطرق ، فكل تخفيف للعقاب يأتى به قانون يصدر بعد ذلك ، لا يستفيد منه المحكوم . وحكمة ذلك واضحة ، اذ أن اعمال التخفيف يقتضى حكما جديدا يقرره ، وهو أمر بات مستحيلا أمام ما للحكم النهائى بالعقاب من قوة الامر المقضى

٢ ــ **الغاء الجريمة أو منع العقوبة** : اذا صدر قانون جديد يعتبر فعلا مباحا ما كان معتبرا جريمة فى نظر القانون القديم أو يوجد مانعا من موانع العقاب

عليها ، فيستفيد منه كل شخص ارتكب هذه الجريمة فى ظل القانون القديم حتى ولو كان قد صدر ضده حكم نهائى بالعقاب (م ٥—٣ عقوبات).فصيرورة الحكم نهائيا باستنفاد طرق الطعن فيه ، بل وابتداء تنفيذه ، لا يحرم المحكوم عليه من الافادة من القانون الجديد بما يؤدى فى هذه الحالة الى وقف تنفيذ الحكم وانتهاء كل أثارة الجنائية . وواضح أن عدم التقيد بنهائيــة الحكم فى هذه الحالة — على خلاف حالة تخفيف العقاب — مرده الى أن اعمال القانون الملغى للتجريم أو المانع من العقاب لا يتوقف على صدور حكم قضائى جديد بحيث تقف أمامه عقبة قوة الامر المقضى ، فيكفى حينئذ وقف تنفيذ العقوبة المحكوم بها (١) .

غير أن الافادة من القانون الجــديد فى هذه الحــالة لا تنصرف الى قوانين العقوبات المؤقتة (٢) . فانتهاء فترة سريانها لا يحول دون ملاحقة من خالفها أو المضى فى تنفيذ العقوبات المحكوم بها طبقا لها (م ٥/٤ عقوبات) . وحكمة ذلك أنه بانقضاء فترة سريان القانون الجنائى المؤقت تعتبر أفعــالا مباحة الجرائم المنصوص عليها فيه ، فيكون من الواجب طبقا للمقرر من الافادة من القانون الاصلح أن يفيد من هذه الاباحة كل شخص ارتكب هذه الجرائم سواء حكم عليه نهائيا أو لم يكن قد حكم عليه بعد ، وهو ما يؤدى — نظرا الى ما لمثل هذا القانون من سريان مؤقت محدود — الى التشجيع على ارتكاب ما ينص عليه من جرائم طمعا فى الافادة من الاعفاء من العقاب عليها وانقضاء آثارها الجنائية بفوات فترة السريان المحدودة لهذا القانون ·

---

(١) فى هذا المعنى :
Esmein, op. cit., p. 155

(٢) أنظر فى اتساع « قوانين العقوبات المؤقتة » للقوانين المؤقتة بالنص والقوانين المؤقتــة بالطبيعة على السواء ، وفى انتقاد مسلك محكمة النقض المصرية (نقض ٢٨ يناير ١٩٤٦ ، مجموعة عمر (جنائى) ، ج ٧ ، رقم ٦٩ ، ص ٦٣) فى قصرها على القوانين المؤقتــة بالنص وحدهــا :

السعيد مصطفى السعيد ، الاحكام العامة فى قانون العقوبات ، ١٩٥٢ ، ص ١٥٤ و ١٠٥، مقالنا سالف الذكر ، ص ١٦٢ — ١٦٤ — . محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، النظرية العامة للجريمة ، ١٩٦٢ فقرة ١٠٥ ، ص ١٢٥ .



الباب الثانى

تفسير القاعدة القانونية (١)

٢١٠ ـ تمهيد وتقسيم

اذا تعين نطاق القاعدة القانونية أو مدى سريانها على ما بسطناه فىالباب السابق ، لم يبق ـ لامكان تطبيق القاعدة القانونية على فروض الواقع ـ الا تفسيرها ، أى الوقوف على معنى ما تتضمنه من حكم والبحث عن الحكم الواجب اعطاؤه لما قد يعرض فى العمل من فروض لم تواجهها القاعدة القانونية ٠

فالتفسير اذن له معنى أوسع مما يتصور له أول وهلة . فهو ينصرف لا الى التشريع وحده أو القوانين المكتوبة بوجه عام ــ كما يرى بعض الفقهاء (٢) ــ ولكن الى بقية المصادر الرسمية الاخرى للقانون كذلك ، كالعرف والدين والقضاء فىالدول التى تعده مصدرا رسميا للقانون فيها ، وذلك لبيان ما تتضمنه هذه المصادر الرسمية من أحكام تنطبق على ما تواجهه من فروض ٠ فان عجزت كل هذه المصادر الرسمية عن اعطاء الحكم لبعض ما قد يستجد من فروض فى العمل،فلا مناص حينئذ من دفع التفسير ــ كما سنرى ــ الى غيرها من المصادر المادية أو الموضوعية للقانون لاستنباط الحكم منها ، فهى التىتمثل جوهر القانون ومصدره الحقيقى . فمشكلة التفسير اذن مشكلة عامة تثار

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :
Gaudemet, L'interprétation du code civil en France depuis 1804. — Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2 vol., 2ème éd., 1932. — Du Pasquier, Les lacunes de la loi et de la Jurisprudence du Tribunal fédéral suisse sur l'art. 1er, ccs.

(٢) عبد الرازق السنهورى وأحمد حشمت أبو ستيت ، فقرة ١٥٨ . عبد الفتاح عبدالباقى، فقرة ٢٠١ ٠

بصدد كل المصادر الرسمية للقانون على اختلافها ، ثم تجاوز ذلك كله — عند نقصها — الى المصادر الاولية المكونة لجوهره ٠

وينبغى الوقوف — فى صدد مشكلة تفسير القاعدة القانونية — على أنواع التفسير والهيئات المختلفة التى قد تقوم به . ثم التعرف بعد ذلك على المدارس والمذاهب المختلفة فى فقه التفسير ، وهى التى ينعكس أثر اختلافها على ضوابط التفسير وطرائقه .

ومن هنا ، نقسم هذا الباب الى فصلين :

الفصل الاول — فى أنواع التفسير ٠

الفصل الثانى — فى مدارس التفسير وطرائقه .

الفصل الأول

أنواع التفسير

لا تستقل هيئة واحدة بمهمة تفسير القواعد القانونية ، بل قد تقوم بها هيئات : فقد يصدر التفسير عن المشرع نفسه ، وقد يصدر عن الفقه ، أو قد يقوم به القضاء حينما يدعى الى تطبيق القواعد القانونية ٠

٢١١ ـ التفسير التشريعي

يقصد بالتفسير التشريعي (L'interprétation législative) قيام المشرع نفسه ببيان حقيقة معنى الحكم الوارد فى تشريع سابق أشتد حول تفسيره الخلاف فى القضاء ، أو أخذ القضاء فى تفسيره بمعنى ينافى قصد المشرع منه . ففى مثل هذه الاحوال يرى المشرع من واجبه التدخل حسما للخلاف ، أو بيانا للمعنى المقصود من التشريع . وقد كان هذا النوع من التفسير رائجا فى الجماعات القديمة ، بل كان معتبرا أهم أنواع تفسير القانون فيها . غير أنه لم يعد للتفسير التشريعى فى العصر الحديث اليوم الا حظ ضئيل فى تفسير القواعد القانونية ، بالنظر الى انتشار مبدأ فصل السلطات واقتصار المشرع على فرض القواعد القانونية والالزام بها ، تاركا الى القضاء مهمة تفسيرها وتطبيقها على فروض العمل المختلفة ٠

وفى الحالات النادرة التى يتدخل فيها المشرع اليوم لتفسير تشريع سابق ، يكون هذا التفسير ملزما للمحاكم بحيث تتقيد به فى الحكم وفقا للتشريع السابق . وقد أشرنا من قبل الى مدى سريان التشريعات التفسيرية فى الزمان ، ووجوب تطبيقها على كل ما لم يفصل فيه نهائيا من القضايا .
ومن امثلة التفسيرات التشريعية فى مصر المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ الذى فسر ما قرره المرسوم الصادر فى ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ بفرض

السعر الالزامى للعملة الورقية من بطلان شرط الدفع بالذهب ، بأن هذا البطلان لا يقتصر على المعاملات الداخلية بل يمتد كذلك الى المعاملات الخارجيـــة .

والتفسير التشريعى يصدر عادة من الهيئة التى أصدرت التشريع المـــراد تفسيره كما فى الامثلة السابقة . غير أن ضرورات العمل قد تدعو الى تخويل هيئة أخرى حق القيام بهذا التفسير ، مما يعتبر معه تفسيرها تفسيرا تشريعيا ملزما كذلك . ومثال ذلك ما يخوله المشرع للهيئة العامة للاصلاح الزراعى من سلطة تفسير أحكام قانون الاصـــلاح الزراعى تفسيرا تشريعيا ملزما ، وما يخوله للجنة عليا محددة (١) من سلطة التفسير التشريعى لاحكام قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة .

٢١٢ ـ التفسير الفقهى والقضائى

يقصـــــــــد بالتفسير الفقهى (L'interprétation doctrinale) ذلك التفسير الذى يقوم به الفقهاء بصدد دراستهم للقانون . أما التفسير القضائى (L'interprétation judiciaire) ، فيقصد به ذلك التفسير الذى تتولاه المحاكم حينما تدعى الى تطبيق القانون على المنازعات المرفوعة اليها . والتفسير الفقهى والقضائى هو ما نقصده أساسا من الكلام فى تفسير القاعدة القانونية . ويراعى أن القضاءـــوهو لا يندفع الى التفسير الا للحكم فيما أمامه من منازعات وأقضية ـــ يتأثر الى حد بعيد بالاعتبارات والظروف العملية ، بينما الفقه تغلب على تفسيره الصفة النظرية ، اذ هو يبحث عن تعرف قواعد القانون فى تجريدها ، لا فى تطبيقها الفردى بصدد منازعات خاصة معينة . ولا يعنى ذلك وجود تعارض تام بين الفقه والقضاء ، فهما ـــ على العكس من ذلك ـــ يحرصان على التعاون فيما بينهما فى تفسير القانون بما يتيح الجمع بين

---

(١) تشكل هذه اللجنة برياسة وزير العدل وعضوية كل من رئيس مجلس الدولة ورئيس ديوان الموظفين ووكيل وزارة الخزانة (م ٩٧ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ فى شأن نظام العاملين المدنيين بالدولة) .

الفوائد النظرية والعلمية على السواء . فالتفسير الفقهى يسبق عادة التفسير القضائى ويعين عليه ، وهو يضطر القضـــاء على أى حال ـــ أمام تداول الخصوم مختلف التفسيرات الفقهية ـ الى اتخاذ موقف منها بالانحياز الى بعضها دون البعض الاخر . والتفسير القضائى كذلك يكون محلا لعناية كبرى من جانب الفقه ، فيحاول ـــ عن طريق الوصل بين مختلف الاحكام ـــ استخلاص الاتجاهات العامة للقضاء · وقد تمد الاحكام القضائية الفقه بفروض عملية لم يتصورها فى المجال التجريبى البحت ، مما قد يدعوه الى اعادة النظر فيما سبق من تفسيره أو الى تضييق شقة الخلاف بين مختلف التفسيرات الفقهية · ولكن قد يدعو انتقاد الفقه اتجاها معينا للقضاء الى حمل المحاكم على العدول عما استقرت عليه من قبل من تفسير ·

الفصل الثانى

مدارس التفسير وطرائقه

توجد مدارس رئيسية ثلاث تختلف فى طرائق التفسير تبعا لاختلاف النظرة فيما بينها الى أصل القانون واساسه . فحيث يعقد القانون بارادة الدولة وتنحصر مصادره فى التشريع ، تظهر مدرسة التزام النص فى التفسير . وحيث يؤخذ القانون على أنه انبعاث من ضمير الجماعة ومن الظروف المحيطة بها ، توجد المدرسة التاريخية أو الاجتماعية فى التفسير . وحيث يؤخذ القانون على أنه جوهر وصناعة أو علم وصياغة ، توجد المدرسة العلمية أو مدرسة البحث والتفسير الحر . فنعرض لكل من هذه المدارس . ولما تتبعه من طرائق فى التفسير ، ثم للتفسير فى القانون المصرى .

المطلب الاول

مدرسة التزام النص

L'Ecole de l'exégèse

٢١٣ — فقه مدرسة التزام النص وطرائقها (١)

ظهرت هذه المدرسة فى أعقاب التقنينات الفرنسية التى صدرت فى مفتتح القرن التاسع عشر ، اذ بهرتها حركة التقنين الضخمة التى لم يكن للناس عهد بها وساعدتها على تأييد اعتقاد المذهب الشكلى فى رد القانون الى ارادة الدولة

---

(١) انظر فى ذلك بصفة خاصة :
Bonnecase, Introduction à l'étude du droit, 3e. éd., 1937, Nos. 140 — 154. — Gény, op. cit., t. I, Nos. 8 - 30.

ومشيئة المشرع · فتأدت الى القول بأنه لا يوجد شيء وراء التشريع من مصادر موضوعية ، أو دونه من مصادر رسمية ، وأن هذه التقنينات قد جمعت فأوعت وتنبأت بكل ما قد يعرض فى المستقبل من فروض ·

وأمام هذا المنطق فى تصور تكوين القانون ، أضفت هذه المدرسة على نصوص التشريع قدسية كبيرة حتى لكأنها تنزيل من عند الله · ولم تقدس مضمون هذه النصوص فحسب ، بل قدست فضلا عن ذلك الترتيب الواردة به فى التقنينات ، فجرت شروح فقهائها على تناولها نصا نصا بحسب ترتيبها الرسمى ، حتى عرفت هذه المدرسة كذلك باسم « مدرسة الشرح على المتون » ·

ولم يكن بد ــ والتشريع يعتبر على هذا النحو المصدر الوحيد للقانون ، ونصوصه فى مثل هذا المكان من التقديس ــ من أن يقوم تفسير القانون فى منطق هذه المدرسة على مجرد تفسير نصوص التشريع . ولما كان التشريع لا يصدر الا عن ارادة واعية بصيرة هى ارادة المشرع ، فتفسير نصوصه ينحصر ــ عند هذه المدرسة ــ فى الوقوف على هذه الارادة وقت وضعها لا وقت تطبيقها ، حتى ولو تغيرت الظروف الاجتماعية تغيرا كبيرا بين وقت وضع النصوص ووقت تطبيقها · فالقواعد القانونية اذن هى مجرد تعبير عن ارادة المشرع ، فلا قيمة لها بذاتها مجردة عن هذه الارادة . ومن هنا ، يتحتم ــ للوقوف على مضمون القواعد القانونية ــ الوقوف على ارادة المشرع الحقيقية أن وجدت ، فان لم توجد لم يكن ثم مناص من الالتجاء الى ارادته المفترضة . غير أن مدرسة التزام النص لم تذهب الى حد الالتجاء الى ارادة المشرع المفترضة فى مجال تقرير الجرائم وفرض العقوبات .

اولا ــ الوقوف على ارادة المشرع الحقيقية :

اذا كان النص واضحا فى صيغته ولا خفاء فى معناه ، فهو يكشف فى يسر عن ارادة المشرع بمجرد التفسير اللفظى أو اللغوى ، مما يكاد يقتصر معه دور المفسر على التطبيق الالى للنص ، اذ كما يقولون «لا اجتهاد مع النص» . غير أن من النادر أن يأتى النص واضحا وضوحا لا يحتاج معه الى أكثر من

التفسير اللفظى أو اللغوى ، فقد يكون مبهما أو ناقصا • وهنا يرجع – فى الوقوف على ارادة المشرع الحقيقية – الى عناصر خارجية لا تستمد من ألفاظ النص •

(١) فقد تعين **حكمة التشريع** على تبين المقصود من ألفاظ النص • فقانون العقوبات مثلا يعتبر الليل ظرفا مشددا للعقاب على جريمة السرقة • ولما كان للفظ « الليل » معنيان : معنى لغوى يفيد فترة الاظلام ، ومعنى فلكى يفيد الفترة ما بين غروب الشمس وشروقها ، فلا يفيد فى ترجيح أحد المعنيين الا الوقوف على الحكمة من تشديد العقاب • وظاهر أن هذه الحكمة هى اتخاذ الليل ستارا يسهل فى ظلامه ارتكا بالسرقة • ومن هنا ، ينبغى أخذ « الليل » فى تشديد العقاب بمعناه اللغوى لا بمعناه الفلكى ، واعتبار هذا المعنى هو الذى اتجه اليه قصد المشرع الحقيقى •

(٢) وقد يستعان **بالمصادر التاريخية** التى استقى المشرع منها نصوصه فى الوقوف على ارادته الحقيقية • فيرجع مثلا فى القانون المصرى الى الشريعة الاسلامية لتفهم النصوص التشريعية الخاصة بالشفعة والميراث والوصية ، باعتبارها مصدرها التاريخى • ويرجع الى القانون انفرنسى لتفهم كثير من النصوص التشريعية التى استقاها المشرع المصرى منه •

(٣) وكثيرا ما يستعان كذلك **بالاعمال التحضيرية** التى صاحبت وضع نصوص التشريعات والمناقشات التى دارت حولها للوقوف على معناها وقصد المشرع الحقيقى منها(١) •

ثانيا – الالتجاء الى ارادة المشرع المفترضة :

(١) الاستعانة بطرق الاستنتاج المنطقى : اذ لم توجد ارادة حقيقية للمشرع

---

(١) وتأثرا بذلك ، يشتد الاهتمام فى العصر الحديث بنشر هذه الاعمال التحضيرية للاستعانة بها فى التفسير • ومن الامثلة البارزة على ذلك ، نشر الاعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى الحالى فى سبعة أجزاء ، تضم مختلف المراحل التى مرت بها نصوصه وما دار حولها من مناقشات وطرأ عليها من تعديلات الى أن خرجت بصورتها النهائية الحالية •

يمكن الوقوف عليها بالوسائل السابقة ، بان لم توجد نصوص تنطبق مباشرة على بعض فروض العمل ، فتستخرج الحلول الواجب اعطاؤها لهذه الفروض من نصوص التشريع نفسه بواسطة طرق الاستنتاج المنطقى المختلفة ، وتنسب هذه الحلول الى المشرع نفسه على أساس أن هذه هى ارادته المفترضة ، أى على أساس افتراض وجود ارادة للمشرع فى الاخذ بهذه الحلول وان يكن قد أغفل التعبير عنها . ومرد هذا الافتراض الى أن المشرع اما قد نص على نفس هذه الحلول فى فروض مشابهة أو فى فروض تكون علة الحكم فيها أضعف من علته فى الفروض غير المنصوص عليها ، واما قد نص على عكس هذه الحلول فى الفروض المخالفة · أى يقوم افتراض ارادة المشرع على الاستنتاج عن طريق القياس ، أو الاستنتاج من باب أولى ، أو الاستنتاج من مفهوم المخالفة

١٥٠ ـ **الاستنتاج عن طريق القياس** : يقصد به اعطاء حالة غير منصوص عليها حكم حالة منصوص عليها لاتحاد العلة فى الحالتين . فمثلا كانت المادة ٢٢٧ من القتنين المدنى المصرى القديم تنص على أن المحررات الغير الرسمية تكون حجة على المتعاقدين بها مالم يحصل انكار الكتابة أو الامضاء ، فأمكن قياس الختم والبصمة على الامضاء واعطائهما نفس الحكم(١) · وتنص المادة ٩٩٧من التقنين المدنى الحالى على عدم جواز النزول للغير عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى الا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى ، فيقاس على عدم جواز النزول فى هذا الشأن عدم جواز الايجار ، اذ العلة واحدة فى الحالتين وهى اقتصار الحق على صاحبه نفسه هو وأسرته وبمقدار حاجتهم الشخصية (٢) .

٢ ـ **الاستنتاج من باب اولى** : يقصد به اعطاء حالة غير منصوص عليها حكم حالة منصوص عليها ، لان علة الحكم فى الحالة الاولى تكون أكثر توافرا

---

(١) عبد الرازق السنهورى وحشمت ابو ستيت ، فقرة ١٦٤ ، ص ٢٠٩ ·

(٢) عبد الرازق السنهورى ، الوسيط ، ج ٩ ، ١٩٦٨ ، فقرة ٥٤٦ ، ص ١٢٧٦ ·

منها فى الحالة الثانية(١) . فتقنين العقوبات المصرى مثلا يخفف العقاب على من يقتل زوجته وشريكها حال تلبسهما بالزنا ، فيسرى التخفيف الوارد بشأن القتل على الضرب المحدث لعاهة مستديمة من باب أولى . والتقنين المدنى المصرى يقرر امتيازا للنفقة المستحقة للاقارب عن الستة الاشهر الاخيرة ، فيستخلص منه البعض من بأب أولى تقرير نفس الامتياز للنفقة المستحقة للزوجة باعتبار أن نفقة الزوجة اولى بالامتياز من نفقة الاقارب (٢) .

٣ ـ الاستنتاج من مفهوم المخالفة : يقصد به اعطاء حالة غير منصوص عليها عكس حكم حالة منصوص عليها ، أما لاختلاف العلة فى الحالتين ، وأما لان اقتصار النص على هذه الحالة يفيد تخصيصها وحدها بالحكم الوارد فيه ونفى هذا الحكم عما عداها من حالات نفس النوع .

فالمادة الرابعة مثلا من القتنين المدنى تنص على أن من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر ، فيستنتج بمفهوم المخالفة أن من يستعمل حقه استعمالا غير مشروع يكون مسئولا عما يترتب على هذا الاستعمال من ضرر . وتنص المادة ١١٣٧ من هذا التقنين على أن « الحقوق المبينة فى المواد الآتية تكون ممتازة الىجانب الحقوقالمقررة بنصوص خاصة » ، فيستنتج من ذلك بمفهوم المخالفة أن الحقوق التى لم ينص على امتيازها لا تكون حقوقا ممتازة بل تكون مجرد حقوق عادية .

وفى التقنين المدنى القديم كان منصوصا على بطلان بيع الحقوق فى تركة مستقبلة ، فاستنتج من مفهوم المخالفة أن كل ما عدا ذلك من بيع الاشياء المستقبلة يعتبر صحيحا ، على أساس اعتبار أنه قد قصد تخصيص حالة بيع التركة المستقبلة بالبطلان دون غيرها من حالات بيع الاشياء المستقبلة(٣) ، وقد أخذ التقنين المدنى الحالى صراحة بمضمون هذا الاستنتاج (م ١٣١) .

---

(١) ومن الامثلة البارزة التى يضربها علماء أصول الفقه فى الشريعة الاسلامية على ذلك حظر ضرب الولد والديه استنتاجا من باب أولى من قوله تعالى « ولا تقل لهما اف ولا تنهرهما » .

(٢) سليمان مرقس ، المرجع السابق ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٧ ، فقرة ١٢٩ ، ص ٢٠٩ . عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ، ١٩٦٦ ، فقرة ١٤٦ ، ص ٢٢١ .

(٣) عبد الرازق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، فقرة ١٦٤ ، ص ٢١١ .

(٢) استخلاص مبادىء عامة من النصوص واستخراج حلول من هــذه المبادىء : اذا لم تفلح كل طرق الاستنتاج المنطقى هذه فى ايجاد حلول لما يستجد فى العمل من فروض ، فيلجأ الى استخراج بعض المبادىء والنظريات العامة من نصوص التشريع المختلفة ، ونسبة هذه المبادىء والنظريات افتراضا الى ارادة المشرع وقت وضع التشريع ، ثم الاعتماد عليها فى تفريع واستخلاص الحلول اللازمة لمواجهة فروض العمل الجديدة على أساس أنها كذلك قصد المشرع وارادته المفترضة (١) .

ثالثا ــ الوقوف عند الارادة الحقيقية للمشرع فى بعض المسائل الجنائية :

ولكن مدرسة التزام النص لا تطلق التفسير واسعا على النحو السالف بيانه فى كل المسائل . ففى المسائل الجنائية ، ترى أنه يجب اتباع التفسير الضيق الذى يقنع بتبين الارادة الحقيقية للمشرع دون مجاوزة ذلك الى ارادة مفترضة له ، وذلك احتراما للقاعدة الاصولية فى المسائل الجنــائية التى تقضى بأنه « لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون » .

غير أن هذه القاعدة تعين نطاق التفسير الضيق الواجب فى المسائل الجنائية بمجال تقرير الجرائم وفرض العقوبات فحسب ، اذ يؤدى التوسع فى التفسير فى هذا المجال الى خلق جرائم أو فرض عقوبات لا ينص عليها القانون والخروج بالتالى على هذه القاعدة . أما فى غير هذا المجال ، حيث يتعلق الامر بالاجراءات الجنائيــة أو المنع من العقاب أو الاعفــاء من المسئولية الجنائية ، فلا حرج من التوسع فى التفسير على النحو السابق بيانه .

وهذا المذهب فى تفسير القانون الجنائى ، هو المسلم الى اليوم فى الفقه الحديث(٢) .

---

(١) Coste - Floret, Les problèmes fondamentaux du droit, 1946, p. 113.

(٢) راجع فى تفسير القانون الجنائى :

السعيد مصطفى السعيد ، المرجع السابق ، ص ٤٤ ــ ٨٧ ؛ محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ، فقرات ٧٤ ــ ٨٢ وخاصة فقرات ٨٠ و ٨١ .

٢١٤ ــ نقد مدرسة التزام النص (١)

تلك هى مدرسة التزام النص فى تفسير القانون . وعيب نهجها فى التفسير يتركز أولا فى فساد الاساس الذى تقوم عليه فى تصور القانون ، فالقانون عندها هو ارادة الدولة ولا شىء غير ارادتها ، مما يستتبع أن يكون التشريع هو مصدره الوحيد . ولا حاجة الى بيان فساد هذه النظرة الشكلية الى القانون .

وهذه النظرة الضيقة الى القانون أدت الى وقف جهد التفسير على نصوص التشريع والاسراف فى استعمال طرق التفسير اللفظى أو اللغوى بشأنها ، وفى الاعتماد على الاعمال التحضيرية التى مهدت لوضعها ، رغم أنه ليس لها حجية مطلقة فى بيان قصد المشرع ، لما قد يشوبها من أخطاء أو يقع فيها من تناقض .

وكذلك أدى منطق هذه المدرسة الى دوران التفسير كله فى فلك ارادة المشرع ، للوقوف ــ ليس فقط على ما اتجهت اليه هذه الارادة فعلا ــ ولكن كذلك على ما يفترض أنها كانت تتجه اليه وقت وضع النصوص لو أنه عرض أمامها ما سوف يستجد فى العمل من فروض . وفى ذلك أسرف فقهاء هذه المدرسة فى الاعتماد اعتمادا كبيرا على طرق الاستنتاج المنطقى المختلفة ، رغمماينبغى من حذر شديد فى الالتجاء اليها . فيجب عدم اطلاق الاستنتاج عن طريق القياس بل قصره فحسب على الحالات التى لا يكون فيها النص المقاس عليه مقررا لحكم استثنائى . والالتجاء الى طريق الاستنتاج من مفهوم المخالفة غير مأمون العواقب ، اذ قد يكون الحكم المنصوص عليه مجرد حكم وارد على سبيل التمثيل بحالة معينة تطبيقا لقاعدة عامة لا على سبيل الحصر والاستثناء ، فيكون من الخطأ اذن اعتبار هذا الحكم بصفة مطلقة خاصا بتلك الحالة دون غيرها من الحالات الاخرى المشتركة فى نفس الصفة والوضع ، واعطاء هذه الحالات حكما عكسيا لحكمها .

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Gény, op. cit., I, Nos. 31 - 36 ; 60 - 82 — De La Gressye et Laborde-Lacoste, op. cit., No. 264.

وكذلك فالعبودية للنصوص التى هى طابع هذه المدرسة ، ومنطقها فى قسر هذه النصوص قسرا لاستخلاص حلول ومبادىء ونظريات عامة تنسب زورا الى ارادة المشرع توصلا الى اكسابها نفس القدسية التى تتمتع بها النصوص، كل ذلك أدى الى الجمود بالقانون وعرقلة تطوره وحصره فى ارادة مفترضة للمشرع وقت وضع النصوص ، حتى ولو بعد بوضعها العهد وتغيرت ظروف الحياة فى الجماعة أيما تغير •

المطلب الثانى

المدرسة التاريخية أو الاجتماعية (١)

L'Ecole Historique au Sociologique

٢١٥ ـ تطور التفسير بتطور الظروف الاجتماعية

ظهرت هذه المدرسة فى ألمانيا ولم تجد لها فى فرنسا الا أنصارا قليلين • وتأثرها واضح وكبير بتعاليم المذهب التاريخى فى تصور القانون باعتباره خلقا ذاتيا ينبعث من الجماعة • ولذلك لم تكن لارادة المشرع عند هذه المدرسة قيمة فى ذاتها ، وانما كل قيمتها فى تعبيرها عن حاجات الجماعة المتطورة المتجددة . ومن هنا ، فالنصوص اذا وضعت تنفصل عن ارادة واضعيها ، وتكون لها حياتها الخاصة المستقلة المتصلة بالحياة الاجتماعية والمتفاعلة فيها • فالنصوص اذن لا تفسر بارادة المشرع الحقيقية أو المفترضة ، لانها قد انفصلت منذ وضعها عن هذه الارادة ، وأصبح لها كيان مستقل وثيق الصلة بالظروف الاجتماعية المتطورة مع تقدم الزمان ، وانما تفسر وفقا لما تكون عليه هذه الظروف وقت التفسير •

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Gény, t. I, No. 97. — De La Gressaye et Laborde - Lacoste, No. 265. — Coste - Floret, op. cit., pp. 114, 120.

١٢٦ — تقدير المدرسة التاريخية أو الاجتماعية (١)

اذا كانت هذه المدرسة تعين بهذا المنطق فى التفسير على ملاحقة تطور الجماعة الحثيث رغم بقاء النصوص على حالها دون تغيير ، الا أنها تخرج فى الواقع بالتفسير عن وظيفته وتجعله تعديلا أو الغاء لنصوص التشريع وخلقا لقواعد قانونية جديدة • وفضلا عن ذلك ،فهى تقضى على ما ينبغى للقانون من تحديد وثبا تـواستقرار ، وتفتح المجال واسعا أمام تحكم القضاء

المطـلب الثـالث

المدرسة العلمية (٢)

L'Ecole Scientifique

٢١٧ ـ البحث العلمى الحر

ظهرت هذه المدرسة لتحارب من ناحية عبودية النصوص والاعتقاد فى انحصار القانون وتفسيره فى التشريع كما جرى بذلك منطق مدرسة التزام النص ، ولتحارب من ناحية اخرى منطق المدرسة الاجتماعية فى اخضاع التفسيرللظروفالمتطورةالمتغيرةالمحيطةبالجماعة •

وزعيم هذه المدرسة هو الفقيه الفرنسى « جينى » . وفضله كبير فى التنبيه الى عدم اخذ القانون كشكل فحسب — يحمل طابع الدولة فى صورة تشريع، او طابع الجماعة فى صورة عرف — وانما كجوهر قبل ذلك يتألف من حقائق اربع مختلفة : طبيعية وتاريخية وعقلية ومثالية (٣) . وعلى أساس هذا الفهم للقانون ، قامت طريقته فى تفسيره . فالقانون عنده لا يلتمس تفسيره فى

---

(١) نظر فى ذلك :

Gény, op. cit., t. I, No. 97, pp. 262 - 264. — De La Gressaye et Laborde - Lacoste, ibid.

(٢) راجع فى ذلك :

Gény, op. cit., t. II, Nos. 155 - 176 bis.

(٣) راجع فى ذلك سابقا ، فقرات ٧٢ — ٧٦ .

التشريع وحده كما تفعل مدرسة التزام النص ،وانما يلتمس كذلك فى بقية المصادر الرسمية الاخرى ، اذ التشريع ليس هو المصدر الرسمى الوحيد للقانون ٠

وفى تفسير التشريع ، يجب الوقوف على ارادة المشرع وقصده من النصوص وقت وضعها ، باعتبار أن التشريع عمل ارادى قامت على صياغته ارادة بصيرة واعية لتحقيق غاية معينة . غير أن الارادة التى ينبغى الوقوف عليها لتفسير التشريع هى الارادة الحقيقية للمشرع وحدها ، دون ما تسميه مدرسة التزام النص بالارادة المفترضة له(١) . فان لم توجد نصوص من التشريع تواجه ما يعرض فى العمل من فروض ، فيلجأ فى تلمس حلولها الى المصادر الرسمية الاخرى للقانون وأهمها العرف . فان عجزت كل المصادر الرسمية للقانون عن اعطاء الحلول اللازمة ، فلا يبقى الا ما يسميه « جينى » « البحث العلمى الحر » (La libre recherche scientifique) . ويقصد به رجوع المفسر الى جوهر القانون بحقائقه المختلفة ، التى يحصرها فيما يسميه بالحقائق الطبيعية أو الواقعية والحقائق التاريخية والحقائق العقلية والحقائق المثالية ، يستلهم منها الحلول التى أخفقت المصادر الرسمية للقانون فى اعطائها .

٢١٨ — تقدير المدرسة العلمية

الواقع أن هذه المدرسة تقوم على اساس منطقى سليم . فحيث توجد نصوص تشريعية ، لا تحملها اكثر مما تحتمل بل تقتصر فى تفهمها على استخلاص قصد المشرع الحقيقى منها دون اصطناع قصد مفترض له ٠ وحيث تتخلف المصادر الرسمية للقانون عن مواجهة ما يستجد من فروض ، لا يبقى الا الرجوع الى ما تستمد منه المصادر الرسمية نفسها مضمون ما تقرره من قواعد أى الى المصادر الحقيقية أو الموضوعية للقانون . وبعبارة أخرى ،

---

(١) واذا كان يلجأ مع ذلك الى القياس ، فان الالتجاء اليه لا يعطى الحلول المستخلصة منه — كما كانت تذهب مدرسة التزام النص — وصف الحلول التشريعية أو حجية النصوص باسنادها افتراضا الى ارادة المشرع ، وانما يكون الالتجاء اليه بوصفه احدى وسائل البحث العلمى الحر . انظر :
Gény, op. cit., t. I, Nos. 107, 108 ; t. II, Nos. 165, 166.

حيث يتخلف الشكل يرجع دائما الى الجوهر . والرجوع الى جوهر القانون لسد نقص المصادر الرسمية له ، يضع القاضى موضع المشرع حين يهم بالتشريع . غير أن رجوع المشرع لاستلهام هذا الجوهر ، يكون بقصد وضع قواعد قانونية عامة مجردة ، أما رجوع القاضى اليهفلا يكون الابقصد العثور على حل لنزاع معين ، ولذلك فالقاضى حين يكمل نقص المصادر الرسمية بالرجوع الى جوهر القانون لا يخلق قواعد قانونية جديدة .

ولكن يراعى ، فى شأن الجوهر الذى توجب هذه المدرسة الرجوع اليه عند قصور المصادر الرسمية ، ما سبقت الاشارة اليه من انتقادات لتقسيم « جينى » هذا الجوهر الى حقائقه الاربع المعروفة (١) . ولذلك فاذا كنا نؤيد نهج المدرسة العلمية فى التفسير ونفضله على نهج المدارس الاخرى . فاننا نأخذ الرجوع الى الجوهر بالمعنى الذ سبق أن فصلناه (٢) أى على أنه الرجوع الى الواقع من حياة الجماعة والى فكرة العمل التى يكشف عنها العقل .

المطلب الرابع
التفسير فى القانون الوضعى المصرى

٢١٩ — نص المشرع المصرى على الرجوع الى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة عند قصور المصادر الرسمية ، ودلالته

لا يعتنق المشرع المصرى فقه مدرسة التزام النص من حصر القانون فى مصدر وحيد هو التشريع ، بل هو يحيل القاضى أولا الى التشريع كما يفصح عنه لفظه أو فحواه (م ١/١ مدنى) . وفى ذلك يجب الوقوف — كما تذهب المدرسة العلمية — على الارادة الحقيقية للمشرع دون اصطناع ارادة مفترضة له وهو ما يضعف كثيرا من قوة ما يستخلص عن طرق الاستنتاج المنطقى ،اذ لا تكون له قوة النصوص التشريعية افتراضا لارادة المشرع . « فاذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ، فاذا لم يوجد

---

(١) راجع سابقا ، فقرة ٧٧ .
(٢) راجع سابقا ، فقرات ٧٧ — ٨٨ .

فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية ، فاذا لم توجد فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة » (م ١ ــ٢ مدنى) ٠

وعندنا أن الاحالة الى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة لاتخلق من هذه المبادىء وتلك القواعد مصدرا رسميا بالمعنى الاصطلاحى الدقيق كما يذهب الى ذلك بعض الفقهاء (١) ، اذ لا تعدو هذه الاحالة أن تكون رجوعا بالقاضى الى جوهر القانون أى الى مصادرة المادية أو الموضوعية يستلهم منها الحل . وبذلك يأخذ المشرع المصرى بفقه المدرسة العلمية فى ضرورة رجوع القاضى الى جوهر القانون اذا لم توجد قاعدة فى مصادرة الرسمية ، ولكن دون تقيد حرفى بحقائق « جينى : الاربع ٠ وقد رأى المشرع المصرى أن يعبر عن هذا الجوهر باصطلاح « مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة » ٠ وقد لا يكون هذا الاصطلاح كافيا للافصاح عن معنى جوهر القانون كما بسطناه من قبل ، ولكنه يوجه اليه على أى حال. ولذلك فتعبير التقنين المدنى السويسرى أكثر توفيقا فى هذا الصدد(٢) ، اذ ينص على أن القاضى ــ حين لا يجد نصا فى التشريع أو عرفا متبعا ــ يحكم وفق ما كان يضعه هو من قواعد لو كان يقوم بعمل المشرع (٣) . والمشرع ــ كما سبق البيان ــ انما يستلهم فى وضع قواعد التشريع حقائق الحياة الواقعية فى الجماعة التى تكشف عنها التجربة ، والمثل الاعلى للعدل الذى يكشف عنه العقل ٠

والمقصود بمبادىء القانون الطبيعى ــ وفق ما ينتهى اليه جمهور الفقهاء اليوم ــ الموجهات المثالية العامة للعدل التى لها من خلودها وثباتها ما يجعلها أساسا للقوانين الوضعية على اختلاف الزمان والمكان (٤) . ويعتبر بعض

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرات ٨٩ و ١٣٠ ٠ ــ محمد على امام ، فقرة ٨٢ ٠

(٢) قارن مع ذلك المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى الحالى ، مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ١٨٨ ٠

(٣) ولكن يكون ذلك ــ كما هو واضح ــ مع فارق أساسى ، هو اقتصار القاضى على مجرد استخلاص حل خاص للقضية المعروضة عليه ، دون مجاوزة ذلك الى وضع قواعد عامة مجردة كما يفعل المشرع (فى هذا المعنى : Gény, t. II, No. 204).

(٤) أنظر سابقا ، فقرة ٦١ (٢) ، وفقرة ٦٢ ٠

الفقهاء « قواعد العدالة » مرادفة لهذه المبادىء (١) . غير أننا نرى أنه يقصد بالاشارة اليها — فضلا عن احالة القاضى الى مبادىء العدل المجرد الذى تتضمنه فكرة القانون الطبيعى — توجيهه كذلك الى الاعتداد بالظروف والملابسات الخاصة المطروحة أمامه . فانه اذا كان القانون يهدف فى المبدأ الى تحقيق العدل تغليبا لاعتبارات الاستقرار والامن والنظام فى المجتمع ، الا أنه حيث يقتصر القاضى على أن يستخلص من مبادىء القانون الطبيعى حلاخاصا بقضية معينة ، أى حيث لا يتعلق الامر باستخلاص قواعد عامة مجردة ، فلا حرج من تمكينه من مراعاة جانب العدالة بالاعتداد بالظروف الخاصة الى جوار تحقيق العدل (٢) . ولكن يراعى أن التجاء القاضى الى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة (٣) مقيد بعدم وجود قواعد فى مصـــادر القانون الرسمية (٤) .

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ١٣٠ . — محمد على امام ، فقرة ١٢٩ . — محمد على عرفة ، ص ١٦٧ و ١٦٨ .

(٢) قرب من ذلك : سليمان مرقس ، فقرة ١٦٨ .

وانظر فيما يعطيه « جينى » للعدالة من معنين مختلفين ، وفى مدى اعتباره العدالة عنصرا من عناصر البحث العلمى الحر :

Gény, t. II, No. 163.

(٣) انظر فى اتجاه القضاء المصرى الى ذلك فى ظل التقنين المدنى القديم :

مصر الكلية ١٠ مارس ١٩٣٤ ، الجدول العشرى الثانى لمجلة المحاماة (القسم المدنى) رقم ٣٠٩٠ ص ٤٤٧ . — مصر الكلية ١٥ يناير ١٩٣٥ ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٩١ ص ٤٤٨ . — استئناف مصر ٩ ابريل ١٩٣١ ، المحاماة س ١٢ ، رقم ٢٤١ ، ص ٦٣ .

كتابنا مسالة الفكر ، ص ٥٣٠ — ٥٣١ .

(٤) نقض : ١٤ يناير ١٩٣٢ ، مجموعة عمر (المدنيـــة) ، ج ١ ، رقم ٣٢ ، ص ٥٢ ، ١٥ مايو ١٩٤٧ ، المرجع السابق ، ج ٥ ، رقم ٢٠٠ ، ص ٤٣٥ .

القسم الثاني

النظرية العامة للحق

مقدمة

٢٢٠ ـ تقسيم

فرغنا فى القسم الاول من عرض النظرية العـامة للقاعدة القانونيــة ، فيبقى ــ طبقا لخطة البحث التى رسمناها ــ بحث النظرية العامة للحق فى هذه القسم الثانى .

وعرض هذه النظرية ، يقتضى أولا تحديد صاحب الحق ، ثم محله ، ثم المصادر التى تولده وهى ذات مصادر زواله وانقضائه ، ثم نشاطه واستعماله الاستعمال المشروع الذى يكفل القانون حمايته . ولكن ينبغى التمهيد لذلك كله بكلمة عامة فى الحق .

ولذلك نقسم هذا القسم على النحو التالى :

باب تمهيدى ــ فى الحق بوجه عام .

الباب الاول ــ فى صاحب الحق

الباب الثانى ــ فى محل الحق

الباب الثالث ــ فى مصادر الحق

الباب الرابع ــ فى استعمال الحق

باب تمهيدى

فى الحق بوجه عام

٢٢١ ــ الحق والقانون

أشرنا الى أن القانون انما يقيم نظام المجتمع ويحكم سلوك الافراد فيه عن طريق فرض تكاليف وواجبات على الافراد من ناحية وتقرير حقوق لهم من ناحية ثانية ، اذ هو يوازن بين المصالح المتعارضة التى تحوط علاقات الافراد ، فيغلب بعضها على بعض ويميز بين أطراف هذه العلاقات تبعا لذلك فيقرر للبعض منهم حقوقا مقابل وضع واجبات على البعض الاخر · والقانون بذلك يختلف عن الاخلاق التى تقتصر على مجرد بيان الواجبات دون تقرير الحقوق كما سبق البيان .

ولئن كانت الصلة وثيقة هكذا بين القانون والحق ، فالفقهاء بتجادلون فيما اذا كان القانون هو المؤسس على الحق أم الحق هو المؤسس على القانون . ويرتكز هذا الخلاف على اختلاف وجهات النظر بين المذهب الفردى والمذهب الاجتماعى . والواقع أنه يجب التسليم باستناد الحقوق الى القانون الوضعى بحيث تستمد منه وجودها الشرعى وكفالة احترامها ، اذ لايتصور فى مجتمع منظم وجود حق لا يقره القانون أو يحميه . ولكن ليس يعنى ذلك أن القانون الوضعى يتحكم فى فرض الحقوق ومنحها ، فقواعده ترتكز ــ كما سبق البيان ــ على أساس من حقائق الحياة الاجتماعية وموجهات العدل المثالية ، وكلها تقر للافراد حقوقا معينة لا يملك القانون الوضعى انكارها .

٢٢٢ — تقسيم

ينبغى — ونحن بصدد الكلام فى الحق بوجه عام — أن نمهد لذلك باثبات وجود فكرة الحق فى ذاتها ودحض ما ذهب اليه بعض الفقهاء من انكارها • ثم نعرض بعد ذلك للتعريف بالحق ، وهو ما يقتضى عرض مختلف الاراء والمذاهب فى هذا الصدد وتمحيصها • وننتهى ببيان أنواع الحق المختلفة وما يترتب من آثار على هذا التنوع ، وهو ما يقتضى خاصة بحث فكرة « الذمة المالية » التى تضم بين عناصرها طائفة من الحقوق هى الحقوق المالية .

ولذلك نقسم هذا الباب التمهيدى الى فصول أربعة

الفصل الاول — فى وجود فكرة الحق

الفصل الثانى — فى تعريف الحق .

الفصل الثالث — فى أنواع الحق

الفصل الرابع — فى الذمة المالية .

الفصل الأول

وجود فكرة الحق

٢٢٣ — تمهيد

تعرضت فكرة الحق لهجوم شديد من جانب بعض الفقهاء الذين أنكروا جدواها وأنكروا بالتالي وجودها القانوني . غير أن كل الهجمات قد فشلت فيما استهدفته من محو الاعتقاد فى وجود فكرة قانونية مستقلة للحق ، فبقيت هذه الفكرة الى اليوم — كما وعاها الفقه التقليدى — احدى الدعائم الاساسية الراسية فى الحياة القانونية .

فنعرض أولا لانكار فكرة الحق وما يرتكز عليه هذا الانكار من حجج ، ثم نناقش هذه الحجج لنرى وجه الصواب فيها من وجوب رفضها وضرورة الابقاء على فكرة الحق .

٢٢٤ — انكار وجود فكرة الحق

هوجمت فكرة الحق فى وجودها القانوني منذ أواخر القرن الماضي مهاجمة عنيفة من جانب بعض الفقهاء . ولعل أقدر هجوم وأعنفه كان هو هجوم الفقيه الفرنسى العظيم « ديجى » Duguit . فنكتفى بعرض مذهبه (١) فى هذا الصدد .

وقد سبق ايضاح منهاج هذا الفقيه فى البحث (٢) ، اى المنهاج العلمى بالمعنى الدقيق الذي لا يسلم الا بما تسجله المشاهدة وتؤيده التجربة . وقد

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Duguit, op. cit., t. I, Nos. 29, pp. 200-315; Leçons de droit public général, 1926, pp. 38-72.

(٢) انظر سابقا ، فقرة ٦٨ .

تادى به هذا المنهاج الى محاولة تطهير القانون من كل ما يملأه من أفكار غير واقعية لا تستند الى المشاهدة والتجربة ، وفى مقدمتها فكرة الحق التى يراها دخيلة على عالم القانون لانها فكرة فلسفية مما وراء الطبيعة .

ويبدأ « ديجى » انكاره وجود فكرة الحق بانكار وجود ما يسمى بالحقوق الطبيعية التى تولد مع كل فرد وتثبت له باعتباره انسانا . وهو فى سبيل ذلك يهاجم المذهب الفردىالذى روج لوجود هذهالحقوق ، واتخذها أساسا للقانون حينما اعتبر أنها ثابتة للافراد منذ عهد الفطرة الاولى (l'état de nature) قبل قيام المجتمع لانها ملازمة للطبيعة الانسانية . فالقول بوجود حقوق ثابتة للفرد بمقتضى صفته الانسانية ، يعتبره « ديجى » مجرد ادعاء يستحيل اثباته بدليل مادى محسوس . فضلا عن أن عهد الفطرة الاولى الذى يتصور فيه وجـــود الفرد وحيدا فى عزلة تامة عن بقية الافراد ، لا يعدو أن يكون محض خرافة ينقضها الواقع المشاهد المسجل من أن الفرد كائن اجتماعى لا يستطيع الوجود الا فى مجتمع من الافراد ولم يوجد أبدا الا فى مثل هذا المجتمع . ولئن افترض جدلا وجود مثل هذا الفرد المنعزل ، فلا يمكن تصور حقوق له ، لان لكل حق طرفين ، طرفا ايجابا هو صاحب الحق ، وطرفا سلبيا هو المتحمل بهذا الحق أى المكلف بما يقابله من واجب ، وهو ما يقتضى وجود مجتمع من الناس . وباستحالة وجود حقوق طبيعية ثابتة للافراد قبل قيام المجتمع ، ينهار — عند « ديجى » — ما يقيمه المذهب الفردى من تأسيس القانون على هذه الحقوق (١) .

واذا كان « ديجى » ينكر وجود حقوقطبيعية سابقة علىقيام المجتمع ، فهو ينكر كذلك وجود حقوق ينشئها القانون للافراد فى المجتمع . وانكاره هذا وثيق الصلة بتصوره للحق . فالحق عنده هو قدرة أو سلطة ارادية لصاحبه على فرد من الافراد هو المتحمل بعبء الواجب المقابل لهذا الحق . أى أن

(١) راجع فى تفصيل ذلك :
Duguit, op. cit., t. I, No. 19, pp. 208 - 213.

الحق يفترض اخضاع ارادة انسانية هى ارادة فرد من الافــراد لارادة انسانية أخرى هى ارادة صاحب الحق . وذلك يستتبع القول بوجود نوع من التدرج فى المرتبة بين الارادات الانسانية تتمكن بمقتضاه الارادات العليا من التسلط على الارادات الدنيا واخضاعها لامرها (١) .

وهذا التدرج بين الارادات الذى تفرضه فكرة الحق ، لا يوجد فى واقع الحياة الاجتماعية ما يثبته . بل ان هذا الواقع ينقصه ، اذ لا يشـــاهد فى المجتمع الا وجود ارادات فردية متساوية فى جوهرها ، مما يمتنع معه على القانون الوضعى اقامة تدرج بينها والسمو ببعضها مقابل الانتقاص من البعض الآخــر ، فذلك لا يتأتى الا من جانب قوة ســماوية مهيمنة على البشر (٢) .

ومن هنا ، انتهى « ديجى الى اعتبار فكرة الحق ، وفقا لهذا التصوير القائم على تسلط ارادة فردية على ارادة أخرى ، فكرة فلسفية من أفكار ما وراء الطبيعة ، قد اصطنعت اصطناعا مخالفا للواقع ، مما يوجب اطراحها وتطهير الفقه القانونى منها .

واذا كان « ديجى » ينكر فكرة الحق على أساس التصـــوير السابق باعتبارها فكرة غير علمية ، فهو يرفضها كذلك لانعدام جدواها . ذلك أن أن ما اصطلح الفقهاء على تسميته بالحق ، ليس عنده الا القاعدة القانونية نفسها فى تطبيقها على الافراد ، حينما يستفيد بعض الافراد من اداء البعض الآخر لما تفرضه عليهم هذه القاعدة من واجبات والتزامات . بل الجميع فى الواقع — سواء من يقوم بالواجب ومن يفيد منه — انما يخضعون فى ذلك للقاعدة القانونية . أى أن الافراد — سواء كانوا فى وضـــع ايجابى او سلبى لخطاب القاعدة القانونية — يوجدون فى مركز سواء بالنسبة اليها هو مركز الخضـــوع لحكمها (٣) . فلا يبقى معنى اذن للقول بأنها تفرض

---

(١) Duguit, op. cit., t. I, No. 20, p. 217; No. 28, pp. 295, 296

(٢) Duguit, op. cit., t. I, No. 20, pp. 218, 219

(٣) Duguit, t. No. 20, pp. 217 - 220

واجبا على البعض وتقرر حقا للبعض الآخر ، خاصـــة وانها لا تملك أن تمس فى قليل او كثير ارادة المكلف بالواجب أو المستفيد من أدائه ، فلا هى تنتقص من ارادة الأول ولا هى تزيد فى ارادة الثانى .

وبذلك يخلص ديجى ، الى أنه ليس ثم حقوق وواجبات تكون للافراد أو عليهم ، وانما يوجد الأفراد فى مراكز قانونية معينة ايجابية أو سلبية .

٢٢٥ — الابقاء على فكرة الحق

لعل أكبر انتقاد يوجه الى انكار « ديجى » لفكرة الحق (١) هو نفس الانتقاد الذى يوجه الى أساس مذهبه كله ، وهو انتقاد منهاجه فى البحث الذى يريده علميا واقعيا خالصا ، فهذا المنهاج — كما سبق البيان (٢) — لايصلح فى شأن العلوم التقويمية وفى مقدمتها القانون . ولذلك فانكار « ديجى فكرة الحق بدعوى أنها فكرة غير علمية من أفكار ما وراء الطبيعة انكار غير مقبول حتى مع التسليم جدلا بصحة هذا الادعاء ، لان القانون لا يقتصر على تسجيل حقائق الواقع عن طريق المشاهدة والتجربة بل يجاوز ذلك الى ما وراء الواقع والطبيعة حيث يمكن تقويم الواقع .

وقد ظن « ديجى أنه يجد من فكرة الحق هدفا قريبا سهل الاصابة بانكاره حقوق الانسان الطبيعية . غير أن هذا الانكار لا يطعن فى الحقيقة فى وجود فكرة الحق نفسها ، وانما يعنى فحسب رفض التسليم بما تدعيـــه بعض المذاهب — كالمذهب الفردى من قيام القانون على أساس الحق ، أو من

---

(١) راجع ، بصفة خاصة ، فى تفصيل الدفاع عن وجود فكرة الحق وانتقاد انكار «ديجى» لها:
René Capitant, L'illicite, pp. 218 - 221. — Dabin, pp. 13 - 14. — Gény, Science et technique en droit privé positif, t. IV, pp. 175 - 187. — Ionescu, La notion de droit subjectif dans le droit privé, thèse, Paris, 1931, Nos. 12, 13. — Hassan Kira, La théorie de l'abus de droit en droit français en droit égyptien, thèse, Paris, (dactylographiée), 1952, pp. 48 - 51.

(٢) راجع سابقا ، فقرة ٦٩ .
وانظر فى تفصيل انتقاد هذا المنهاج :
Notre thèse précitée, pp. 18 - 37.

وجـود حقوق لا تستند الى القانون لانها سابقة عليه بتولدها من الطبيعة الانسانية (١) .

واما انكار « ديجى » فكرة الحق فى ذاتها فيقوم على تصويره الحق تصويرا خاطئا يجر ورأءه فساد النتائج التى رتبها عليه . فلا يفكر أحد كما يدعى « ديجى » — حتى من يعرفون الحق بأنه قدرة ارادية — فى اعتبار ارادة صاحب الحق ارادة ممتازة على غيرها من الارادات ، بحيث يخولها هذا الامتياز سلطة الغاء أو اخضاع ارادات الآخرين ، اذ كل الارادات الفردية متساوية فى جوهرها . وانما حقيقة الامر انه ليست ارادة صاحب الحق هى التى تلزم الغير بنفسها ، بل الذى يلزم دائما هو واقعة سابقة على هذه الارادة وخارجية عنها . فاذا كان للمقرض مثلا حق مطالبة المقترض برد القرض فى الاجل المضروب ، فليس ذلك لان ارادته تمتاز على ارادة المقترض ، وانما لان ثم وقائع بينهما سابقة على هذه المطالبة تكون مبررا لها ، هى تسليم المقترض مبلغ القرض من المقرض وتعهده برده اليه. واذا كان لمن صدمته سيارة فأصابته أن يطالب من صدمه بتعويض عما لحقه من اضرار من جَراء الصدمة ، فليس ذلك لان ارادة المضرور تعلو على ارادة محدث الضرر ، وانما لان خطأ محدث الضرر هو الذى يلزمه تجاه المضرور بمثل هذا التعويض (٢) .

فديجى اذن لا ينكر فى الواقع فكرة الحق نفسها وانما ينكر تصويرا معينا لهذه الفكرة كسلطة ارادية لصاحب الحق على غيره من الارادات ، وهو تصوير لا يقول به أحد على النحو الذى يبسطه « ديجى » غير « ديجى » نفسه . وبذلك يكون الخلاف بينه وبين غيره من الفقهاء المدافعين عن فكرة الحق خلافا ظاهريا محضا لا يمس جوهر الفكرة ذاتها (٣) .

---

(١) Notre thèse précitée, pp. 38,39

(٢) Notre thèse précitée, p. 40

(٣) René Capitant, thèse précitée, p. 221. — Notre thèse précitée, pp. 41 - 43.

وآية ذلك أن « ديجى » حين ينكر فكرة الحق وينكر التقابل بين « القانون » و « الحق » ، يقيم تقابلا آخر بين « القانون » وبين ما يسميه « المركز القانونى » . فلو كان الحق كما يدعى ليس الا القانون نفسه ، فما جدوى الكلام عن المركز القانونى ؟ أليس فى كلامه عن المركز القانونى ، سواء كان ايجابيا أو سلبيا ، ما يحتم التفرقة بين القانون نفسه فى تجريده وبين ما ينشأ للافراد من أوضاع ومراكز مختلفة قبل بعضهم البعض نتيجة تطبيق القانون عليهم ؟ . فانه اذاكان الافراد يوجدون كمايقول فى نفس المركز تجاه القانون ، من حيث أنهم يستوون فى الخضوع لاحكامه اما بأداء ما يفرضه عليهم من التزامات وأما بالاستفادة مما يفرضه على غيرهم منها ، فهم فى واقع الامر لا يستوون فى المركز تجاه بعضهم البعض ؛ اذ يوجد كل منهم فى مركز خاص به يجعله ملتزما قبل الاخرين بالالتزامات معينة أو يجعل الآخرين هم الملتزمين قبله ، أى أن مراكز الافراد مختلفة متفاوتة ، فهم أما فى مركز المستفيد واما فى مركز الملتزم المحمل بالاعباء .

فاقتصار « ديجى » على البصر بتساوى مراكز الافراد تجاه القانون ، انما كان على حساب اغفال اختلاف المراكز وتفاوتها بينهم تجاه بعضهم البعض. ومثله فى ذلك مثل من يسأل عن شخص معين فيجيب بأنه انسان كبقية الناس ، ويغفل تعيينه بما يميزه عن بقية الناس ويحقق شخصيته ومركزه بينهم من حيث الاسم والسن والجنس والمهنة والموطن والجنسية وما الى ذلك (١) .

واذا اتضحت حقيقة اختلاف الافراد فى المراكز قبل بعضهم البعض ، ووجود بعضهم فى مركز ايجابى وبعضهم فى مركز سلبى ، فان ذلك يعنى العودة الى فكرة الحق وما يقابلها من فكرة الواجب أو الالتزام ، أو الرجوع الى التقابل التقليدى بين الطرف الايجابى للحق والطرف السلبى له . وبذلك ينحصر الخلاف بين « ديجى » وبين المدافعين عن الحق فى نطاق شكلى بحت ، هو المفاضلة بين اصلاح « المركز القانونى الايجابى » وبين اصلاح « الحق »

---

(١) Notre thèse précitée, pp. 43, 44

للدلالة على الفكرة التى جرى التقليد الفقهى على التعبير منها بالاصطلاح الثانى ، والتى بقيت فى حقيقة الامر بمنأى عن الخلاف علىجوهرها ووجودها كما سبق البيان . ولسنا نرى ما يدعو الى تفضيل اصطلاح « المركز القانونى الايجابى » الذى ابتكره « ديجى » ، فاصطلاح الحق «التقليدى»— فضلا عن ايجازه المبين عن حقيقية الفكرة التى يعبر عنها — قد جرى به الاستعمال منذ قديم ، حتى رسخ واستقر فى الفقه القانونى . وشيوع الاستعمال وقدمه ، يبقى دائما هو صاحب الكلمة العليا فى تغليب مصطلح على مصطلح (١) .

من كل ما تقدم ، نخلص بأن فكرة الحق تستعصى على الرفض والانكار ؛ وأن انكار « ديجى » لها لم يفلح فى هدمها أو زعزعة الاعتقاد فى وجودها . فظل الفقه فى غالبيته الكبرى مؤمنا بها وبمكانها فى عالم القانون ؛ بل أن أخلص أتباع ديجى أنفسهم قد رجعوا عن تأييدهم لزعيم مدرستهم فى هذا الشأن فعادوا الى التسليم بوجود فكرة الحق (٢) .

وبذلك نستطيع ان نقول ان وجود فكرة الحق قد أصبح اليوم من الحقائق المسلمة فى فقه القانون . بل أن هذا الوجود يعبر عن حقيقة من الحقائق القانونية الجوهرية لا عن اداة فنية أو وسيلة من وسائل الصياغة القانونية (٣) .

واذا بقيت ثم كلمة تقال فى مجال التعقيب على انكار « ديجى لفكرة الحق ، فهى كلمة انصاف لهذا الفقيه العظيم . فموقفه فى هذا الصدد انما ابرازه عليه

---

(١) فى هذا المعنى :
Gény, op. cit., t. I, IV, p. 184.

(٢) انظر خاصة :
Réglade, Valeur Sociale et concepts juridiques, norme et technique, 1950, pp. 82 - 92.

(٣) راجع فى تفصيل ذلك :
Notre thèse précitée, pp. 54 - 62

عداؤه الشديد للمذهب الفردى ، وخشيته من أن تصبح الحقوق معاقل للفردية الانانية لاصحابها على حساب الصالح العام للمجتمع · ولكن كان يكفى لدفع هذه الخشية اخضاع استعمال الحقوق للرقابة ، دون حاجة الى هدم فكرة الحق ذاتها (١) . وهذا ما حققته بالفعل نظرية «التعسف فى استعمال الحق» كما سنفصل ذلك من بعد

---

(١) أنظر فى ذلك كتابنا سالف الذكر ، ص ٥٥١ .

الفصل الثانى

تعريف الحق

٢٢٦ ـ تمهيد

لعل من أكثر مسائل القانون التى كثر فيها القول واحتدم الجدل مسألة تعريف الحق . وليس فى قصدنا أن نتتبع تفصيل كل ما قيل من تعريفات فى هذا الشأن ، وانما نقنع بأن نرد مختلف التعريفات الى اتجاهات ثلاثة كبيرة ، اتجاه شخصى ، واتجاه موضوعى ، واتجاه يجمع بين الشخصى والموضوعى ، ونرى مبلغ حظ كل منها فى اعطاء صورة صادقة لما يقصد فى فقه القانون من اصطلاح « الحق » .

٢٢٧ ـ الاتجاه الشخصى (١)

يعرف هذا الاتجاه « بالحق » من خلال النظر الى صاحبه . فيرى أن لصاحب الحق ارادة مهيمنة ناشطة فى نطاق معلوم ، ولذلك يعرف الحق بأنه هو تلك القدرة أو السلطة الارادية التى يخولها القانون لشخص من الاشخاص فى نطاق معلوم . ويتصل هذا الاتجاه بهذا التعريف اتصالا وثيقا بالمذهب الفردى وما يتفرع عليه من مبدأ سلطان الارادة ، تلك الارادة التى تملك خلق الحقوق أو انشاءها كما تملك تغييرها وانهاءها .

ورغم أن هذا الاتجاه قد تزعمه فقهاء كبار كسافينى (Savigny) و « وينشيد » (Windscheid) ، فلم يلبث أن تعرض لانتقادات وهجمات كثيرة ـــ وخاصة من « اهرنج » ـــ ازاء ما ظهر من قصوره عن تعريف الحق .

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :
Dabin, op. cit., pp. 56 et s. — Duguit, op. cit., t. I, No. 25. — Ionescu, thèse précipitée. Nos. 40 et s. —Saleilles, De la personnalité juridique, 2e éd., 1922, pp. 524 et s.

فالقول بأن الحق قدرة ارادية ، يتنافى مع ما هو مستقر فى الشرائع من أن لعديمى الارادة حقوقا كما لحائزيها سواء بسواء ، فالمجنون والصغير غير المميز ، يتمتع كل منهما بحقوق رغم أنه فاقد الارادة ، وكذلك فقد يكتسب الحقوق شخص دون علمه كالغائب مثلا (١) .

وفضلا عن ذلك ، فهذا الاتجاه فى تعريف الحق يتنافى مع وجود أشخاص معنويةأو اعتبارية تثبتلها حقوق كالاشخاص الطبيعية، اذ لو قيلبأن للاشخاص الطبيعية ارادة تكون مناطا لما يثبت لهم من حقوق ، فمن العسير التسليم بأن للاشخاص المعنوية أو الاعتبارية ارادة حقيقية أو بأن لهم حقوقا بالتالى .

كل ذلك يفصح عن أن الحق لا يفترض وجود ارادة مهيمنة أو ناشطة ، فهو يوجد دون وجود هذه الارادة . وليس يطعن فى ذلك أن الارادة قد تكون متطلبة فى شأن استعمال الحق أو مباشرته ، فوجودها حينئذ لا يكون شرطا لقيام الحق ولكنه يكون شرطا لمجرد مباشرته . وعلى أى حال ، فهى ليست لازمة دائما لهذه المباشرة ، فعادة لا يحتاج الاستعمال المادى للحق الى ارادة ، فعديم الاهلية مثلا ، يستعمل حق ملكيته — ولا ارادة لديه — حين يسكن منزله أو يركب سيارته (٢) .

فالحق اذن لا يفترض لوجوده وجود قدرة ارادية لدى صاحبه . بل ان مباشرة الحق نفسها لا تفترض دائما وجود مثل هذه القدرة (٢) ، وان افترضتها فى بعض الاحيان ، فلا يبرر ذلك القول بأن الحق قدرة ارادية ، لان مباشرة الحق لا تختلط بوجوده . وبذلك لا نرى فى الاتجاه الشخصى فى تعريف الحق ما يقنع بالانحياز اليه أو اتباعه .

---

(١) وقد حاول « وينشيد » رد هذا الاعتراض الحاسم بالقول ان الارادة المقصودة هى ارادة القانون أو المشرع لا ارادة صاحب الحق ، ولكن من الواضح أن هذا التبرير المصطنع فيه من التناقض ما يكفى لهدم نظريته فى اعتبار الحق قدرة ارادية ، أنظر فى انتقاد هذا التبرير :
Dabin, op. cit., pp. 60, 61. — Duguit, op. cit., t. I, No. 75, pp. 277, 278

(٢) فى هذا المعنى :
Dabin, op. cit., p. 63.

٢٢٨ ـ الاتجا هالموضوعى

كان الفقيه الالمانى « اهرنج » (Ihering) من أشد الفقهاء مهاجمة للاتجاه الشخصى فى تعريف الحق . ولذلك فقد نحـــا فى تعريفه نحـــوا آخر موضوعيا ، فنظر الى الحق من خلال موضوعه والغرض منه وعـرفه بأنه « مصلحة يحميها القانون » (١) . وقد صادف هذا التعبير الموجز بداءة قبولا فى الوسط القانونى أكثر مما صادفه التعريف القائم على أساس الاتجاه الشخصى ، وان يكن لم تكتب له الغلبة فى النهاية فى الفقه الحديث نظرا لما وجه اليه من انتقادات كثيرة أظهرت عجزه وقصوره بمفرده عن تعـــريف الحق تعريفا جامعا مانعا لاختلاط غيره به .

فاهرنج ينكر تأسيس الحق على الارادة ، لان الحق كما يثبت لذوى الارادة يثبت لعديمها على السواء ، ولان العبرة ليست بارادة تنشـــط أو تسود ـــ فارادة الولى أو الوصى لا ارادة القاصر هى التى تنشط ، ومع ذلك يكون الحق للقاصر وحده دون الولى أو الوصى ـ وانما تكون العبرة بالغرض الذى قد تنشط الارادة من أجله ، والارادة لا تنشط الا لتحقيق منفعة أو مصلحة أو كسب . فالمنفعة أو المصلحة أذن ـــلا الارادةـــ هى جوهر الحق . ومن هنا، لم يكن الحق هو الذى فى خدمة الارادة ، بل الارادة هى التى فى خدمة الحق أى فى خدمة مصلحة من المصالح ، ولم يكن صاحب الحق هو من يدعى الارادة ، بل من يدعى المنفعة أو المصلحة (٢) . والمنفعة أو المصلحة جوهر الحق ، لا يشترط أن تكون منفعة أو مصلحة مادية ، فقد تكون منفعة أو مصلحة معنوية ، بل أن من المصـــالح المعنوية مايفوق المصالح المـــادية فى أهميتها كالحرية والشرف مثلا .

---

(١) Ihering, L'esprit du droit romain, trad. De Meulenaere, t. IV, No. 71, p. 236.

وانظر فى الاخذ بهذا التعريف :

عبد الرزاق السنهورى وحشمت ابو ستيت ، فقرة ٢١٢ .

(٢) Ihering, op. cit., pp. 322, 323.

ولئن كان « أهرنج » يعتبر المصلحة هى جوهر الحق ، فهو يضيف اليها عنصرا آخر هو عنصر الحماية القانونية التى تسبغ على هذه المصلحة ، فكل حق مزود بدعوى تكفل احترام المصلحة التى يهدف الحق الى تحقيقها وادراكها · وبذلك يتوافر عنده عنصران : عنصر جوهرى موضوعى يكمن فيه الهدف العملى للحق هو عنصر المصلحة ، وعنصر شكلى يوفر لهذا الهدف وسيلته هو عنصر الدعوى (١) .

ذلك هو الاتجاه الموضوعى فى تعريف الحق · وأول ما يؤخذ عليه أنه يعتبر المصلحة هى معيار وجود الحق ، بينما هى ليست كذلك دائما · فلئن كان الحق يكون مصلحة من المصالح فليس العكس بصحيح ، اذ لا تكون دائما كل مصلحة حقا من الحقوق ، فمن المصالح ما لا يرتفع الى مرتبة الحقوق · فمثلا لو تعاقد مستأجر يقطن الطابق العلوى من بناء مع المؤجر على قيام الاخير بانارة السلم وفرشه حتى الطابق العلوى ، فبديهى أن سكان الطوابق السفلى يستفيدون من هذه الانارة وذلك الفرش فتكون لهم بذلك مصلحة ظاهرة فيهما ، ومع ذلك فواضح أن هذه المصلحة لا تعطيهم أى حق قبل المؤجر فى انارة السلم وفرشه ، فلا يتمتع بهذا الحق قبل المؤجر الا مستأجر الطابق العلوى وحده بناء على الاتفاق المبرم بينهما (٢) .

وكذلك الشأن فيما يتعلق بفرض رسوم جمركية على الواردات الاجنبية حماية للصناعات الوطنية · فغني عن البيان أن أصحاب هذه الصناعات تكون لهم مصلحة كبيرة فى فرض هـذه الرسوم لانها تحـد من منافسة البضـائع الاجنبية لبضائعهم ، ورغم ذلك فليست تعطيهم هذه المصلحة حقا فى فرض تلك الرسوم ، كل ما فى الامر أنهم يستفيدون منها اذا فرضت (٣) .

---

(١) Ihering, op. cit., p. 326

(٢) Karkounouv, Cours de théorie générale du droit, trad. Tchernoff, 2e. éd., 1914, p. 232.

(٣) Michoud, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, 3e. éd., 1932, t. I, No. 48, p. 106.

كل ذلك قاطع الدلالة على أن المصلحة لا تصلح معيارا للحق · فضلا عن أن المصلحة هى الغاية والهدف من الحق ، والمقصود هو التعريف بالحق نفسه لا التعريف بغايته أو هدفه . فالمصلحة اذن ان كانت تصلح بيانا لهدف الحق ، فهى لا تصلح بيانا أو تعريفا بالحق فى ذاته وجوهره بصرف النظر عن هدفه أو غايته (١) . فكأن الاتجاه الموضوعى فى تعريف الحق ، انما يدور فى واقع الامر حول مشكلة هذا التعريف دون أن يحلها .

ويبقى بعد ذلك أن يراعى أن العنصر الثانى الذى يضيفه « اهرنج » الى عنصر المصلحة وهو عنصر الحماية القانونية أو عنصر الدعوى ، ليس فى الواقع عنصرا ثانويا كما يرى ، بل هو يكاد يبتلع العنصر الاخر الذى يعتبره العنصر الجوهرى فى الحق وهو المصلحة · ذلك أن المصلحة لا تكون حقا عنده الا اذا حماها القانون وزود صاحبها بدعوى · فكأن وجود الدعوى أو عدم وجودها هو النيصل فى وجود الحق ، وكأن الوسيلة اذن تقدم على الغاية وتتحكم فيها ، وذلك ما لا يمكن التسليم به . فليست الدعوى بمميز لوجـــود الحق ، وانما هى مجرد وسيلة لحمايته . فهى بحسب طبيعتها تالية لنشوء الحق ، فكيف يمكن اعتبارها اذن معيار وجوده ؟ . الواقع أن الحق لا يعتبر حقا لان القانون يحميه بدعوى ، ولكن الصحيح أن القانون يحميه بدعوى لانه حق (٢) .

والخلاصة أن الاتجاه الموضوعى عاجز عن التعريف بالحق تعريفا يبين مقوماته الجوهرية وخصائصه الذاتية . فهو يسلك فى هذا التعريف مسلكا معيبا حين يعرف الحق باشياء خارجية عن كيانه الذاتى ، كالمصلحة وهى الغرض منه ، والدعوى وهى وسيلة حمايته ·

---

(١) فى هــذا المعنى :
Saleilles, op. cit., pp. 541, 545. — Duguit, op. cit., t. I, No. 26, pp. 284, 286. — Dabin, op. cit., pp. 69, 70.

(٢) Dabin, op. cit., p. 69

٢٢٩ ـ الاتجاه المختلط

هذان هما الاتجاهان الكبيران فى التعريف بالحق • وقد عرضنا بايجاز لعجز كل منهما وقصوره عن بيان جوهر الحق ومقوماته • من أجل ذلك لم يبايع الفقه الحديث أيا من الاتجاهين ، بل شايع جانب كبير منه اتجاها ثالثا مخضرما ولده من التزاوج بين هذين الاتجاهين ، وهو ما نسميه بالاتجاه المختلط ، بحيث أصبح ينظر الى الحق من خلال صاحبه ومن خلال موضوعه أو الغرض منه على حد سواء ، فيعرفه بأنه ارادة ومصلحة فى آن واحد •

غير أن أنصار هذا الاتجاه المختلط فى تعريف الحق ، ان كانوا سـواء فى الجمع بين الارادة والمصلحة ، فليسوا سواء فى أى العنصرين تكون له الاهمية وتعقد له الغلبة • فبعضهم يغلب دور الارادة على دور المصلحة ، فيعرف الحق بأنه هو القدرة الارادية المعطاه لشخص من الاشخاص فى سبيل تحقيق مصلحة يحميها القانون (١) . والبعض الاخر يغلب دور المصلحة على دور الارادة ، فيعرف الحق بأنه المصلحة التى يحميها القانون وتقوم على تحقيقها والدفاع عنها قدرة ارادية معينة (٢) .

ومهما يكن من أمر ، فهذا الاتجاه المختلط اتجاه غير مقبول كالاتجاهين اللذين تولد منهما • فقد سبق أن قلنا ان الحق لا يفترض وجود قدرة ارادية لدى صاحبه ، وانه ليس هو المنفعة أو المصلحة التى تعود على صاحب الحق من وراء حقه ، فيكون من المنطقى اذن رفض الاتجاه المختلط الذى يقيم تعريف الحق على أساس وجود مصلحة وقدرة ارادية معا لدى صاحب الحق (٣) .

---

(١) Ionescu, thèse précitée, No. 49, p. 94. — Jellinek, cité par Dabin, op. cit., p. 74.

(٢) Michoud, op. cit., t. I, No. 48, p. 107.

(٣) فى هـذا المعنى :
Dabin, op. cit., p. 80.
اسماعيل غانم ، محاضرات فى النظرية العامة للحق ، ١٩٥٥ ، ص ١١ .

٢٣٠ ـ تحليل الحق وتعريفه

انتهينا الى أن الاتجاهات الثلاثة المتقدمة ليست مقنعة فى شأن تعيين جوهر الحق وذاتيته تعيينا محكما يمتنع معه كل اختلاط بين الحق وبين غيره من الاوضاع المتماثلة أو المتشابهة · لذلك نرى أن نسلك فى تعريف الحق مسلكا تحليليا نتدرج فيه بين عناصره الخاصة به والمميزة له . ولعل أول ما يثيره اصطلاح « الحق » فى الذهن هو فكرة وجود صلة أو رابطة قانونية ، وفكرة اختصاص شخص من الاشخاص على سبيل الاستئثار بمركز قانونى ممتاز · فنتتبع هاتين الفكرتين فيما يلى :

(١) **الرابطة القانونية** : يذهب جمهور الفقهاء الى أن « الرابطة القانونية » (Le rapport du droit) ، أى الرابطة التى يحكمها القانون ، لايتصور وجودها الا بين الاشخاص وحدهم (١) . فليس ثم رابطة قانونية يتصور قيامها بين الاشخاص من ناحية وبين الاشياء من ناحية اخرى · ذلك أن كل رابطة قانونية تفترض حقا من ناحية ، وواجبا أو التزاما من ناحية أخرى ، وليس من المعقول تكليف الاشياء بواجب معين أو التزام · ومن هنا ، فطبقا لهذا النظر تكون الرابطة القانونية هى تلك الرابطة أو العلاقة التى يحكمها القانون ، والقائمة بين شخصين أو بين طرفين من الاشخاص ، بحيث يكون لاحدهما مطالبة الاخر باداء معين أى مطالبته اما بالقيام بعمل واما بالامتناع عن عمل ·

وتصوير الرابطة القانونية على هذا النحو المقصور على الاشخاص وحدهم

---

(١) انظر فى ذلك بصفة خاصة :

Planiol, Traité élémentaire de droit civil, 11e éd., par Ripert, No. 2158 et s.

نظر قاصر وغير صحيح (١) ، بل ويؤدى الى القول بتوافرها فى بعض أنواع الحق دون بعض ، وخاصة فى نوع معين منها هو « الحق الشخصى أى حق الدائنية » دون « الحق العينى » . وهذا ما أوقع بعض الفقهاء فى الحرج ردفعهم الى التماس التوفيق بين ضرورة وجود أشخاص تقوم بينهم الرابطة القانونية وبين ما هو قائم فى الحق العينى من وجود شخص من ناحية وشىء من ناحية أخرى ، فاحتالوا لذلك بالقــول ان ثم رابطة قانونية قائمة بين الاشخاص فى الحق العينى كالحق الشخصى سواء بسواء ، اذ تقوم فيه رابطة بين الشخص صاحب الحق العينى وبين الناس كافة بمقتضاها يلتزمون بالامتناع عن الاعتداء على حقه . وسنرى من بعد ان هذا التحايل مردود ولا حاجة اليه ، وانما يكفى أن نستخلص من هذا التحايل الصناعى ضرورة العــدول عن تصور الرابطة القانونية كرابطة لا تقوم الا بين الاشــخاص وحــدهم .

والواقع أن تصور الرابطة القانونية كرابطة بين أشخاص فحسب ، لا يصدق — فيما نرى — الا فى شأن نوع معين من الروابط القانونية هو « روابط الاقتضاء » (rapports d'éxigence) ، أى الروابط التى تخول لشخص معين اقتضاء أداء معين من شخص آخر يلزم بالخضوع لهذا الاقتضاء ، ذلك أن هذا النوع من الروابط يفترض وجود واجب أو التزام معين ، ولا يتصور أن يتحمل بالواجب أو الالتزام الا الاشخاص وحدهم .

ولكن ليست الروابط القانونية كلها روابط اقتضاء ، فثم « روابط تسلط » (rapports de maîtrise) ، تخول لشخص معين سلطة على شىء معين . وغنى عن البيان أن هذا النوع من الروابط لا يتصور منطقا قيامه بين شخص وشخص آخر ، فالتسلط لا يتصور أن يقع على الاشخاص وانما هو يقع على الاشياء وحدها . فحق الملكية مثلا يفترض وجود رابطة قانونية بمعناها

---

(١) فى هــذا المعنى :
Beudant et Voirin, Cours de droit civil français, 2e. éd., t. IV, Les biens, 1938, No. 56. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 166.

كرابطة تسلطة لا كرابطة اقتضاء ، لانه يخول المالك سلطة على الشيء محل الملكية دون أن ينشيء بينه وبين أشخاص معينين رابطة اقتضاء تلزمهم بعمل معين قبله ·

ومن هنا ، ينبغى رد الروابط القانونية الى نوعين : **(١) روابط اقتضاء ،** وهى التى لا تكون الا بين شخص وشخص آخر ، لانها **تفترض** الزاما بأداء معين والالزام لا يتصور وقوعه الا على عاتق الاشخاص وحدهم . **(٢) روابط تسلط** ، وهى التى لا تتصور الا من شخص على شيء ، لان التسلط محله الاشياء لا الاشخاص (١) . فاذا قلنا أن الحق يفترض وجود رابطة قانونية ، قصدنا بذلك اذن انه يفترض اما وجود رابطة اقتضاء واما وجود رابطة تسلط .

(٢) الاستئثار بما تخوله الرابطة القانونية من اقتضاء او تسلط : غير أن **فكرة الرابطة القانونية بما تعطيه من اقتضاء أو تسلط ، لا تكفى وحدها للدلالة على ماهية الحق وذاتيته ، وانما ينبغى أن يكون التسلط أو الاقتضاء ثابتا لشخص أو أشخاص معينين على سبيل الانفراد أو الاستئثار أو الاختصاص ·**

فالحق انما يفترض دائما وجود مركز ممتاز لصاحبه بالنسبة الى الاخرين ، وهو ما لا يتأتى الا بأن يكون مضمون الحق — بما يخوله من تسلط أو **اقتضاء — فى يده يستأثر به وحده دون سائر الناس · ومعنى ذلك أن الحق** يقوم على أساس من عدم التساوى بين مراكز الافراد (٢) ، فيختص صاحب **الحق بمركز ممتاز يتفرد به دون غيره من الناس (٣) . فالمالك مثلا يستأثر** وحده بالتسلط على ملكه ، فلا يكون لاحد غيره من الناس مثل هذا التسلط على **نفس هذا الملك · والمقرض كذلك ينفرد وحده دو نسائر الناس بقدرة اقتضاء**

---

(١) راجع فى شأن التمييز بين الروابط القانونية على هذا النحو :

Notre thèse précitée, notamment, pp. 103 - 105.

(٢) **Ripert et Boulanger, op. cit., t. I, No. 4.**

(٣) فى هـذا المعنى :

René Capitant, Sur la nature des droits naturels, Mélanges Sugiyama, p. 31. — Ripert et Boulanger, t. I, No. 646. — Notre thèse précitée, p. 94.

مبلغ القرض من المقترض ، فلا يملك أحد غيره مثل هذه القدرة فى شأن نفس القرض ٠

من كل ذلك ، نخلص بأن الحق يفترض وجود عنصرين أساسيين :

(١) رابطة قانونية ، سواء كانت رابطة تسلط أو رابطة اقتضاء ٠

(٢) استئثار شخص وانفراده دون سائر الناس بما تخوله الرابطة القانونية من تسلط أو اقتضاء ٠

والبصر بهذيه العنصرين فى الحق ، يتيح التمييز بينه وبين ما قد يختلط به من أوضاع متشابهة كالحريات أو الرخص العامة ، مثل حرية الاعتقاد وحرية الاجتماع وحرية الرواح والمجيء وحرية التعاقد ٠ فكل هذه الحريات أو الرخص العامة تعطى للافراد سلطات معينة يسبغ القانون عليها حمايته من أى اعتداء يقع عليها ٠ ومن هنا ، شاع الخلط بينها وبين الحقوق بالمعنى الاصطلاحى الدقيق حتى أطلق عليها كثير من الفقهاء اسم « الحقوق » . ولكن الفارق بينهما كبير (١) ، بما يوجب التنبيه الى أسسه .

فالحقوق اذ تفترض وجود روابط قانونية ، انما تفترض وجود الافراد فى مراكز متفاوتة قبل بعضهم البعض ، فتضع بذلك صاحب الحق فى مركز ممتاز على غيره من الناس بما تخول له من تسلط أو اقتضاء ، وهو ما يستلزم أن يكون له هذا التسلط أو ذلك الاقتضاء على سبيل الاستئثار والانفراد دون سائر الناس ٠

بينما الحريات أو الرخص العامة على العكس من ذلك ، لا تفترض وجود روابط قانونية بعد بحيث تتفاوت بشأنها المراكز بين الاشخاص ، بل هى تفترض

---

(١) انظر فى التفرقة بين الحقوق وبين الحريات أو الرخص العامة :
H. Capitant, Sur l'abus des droits, Revue trimestrielle de droit civil, 1928, p. 372.

وأنظر فى أخذ المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى الحالى بهذه التفرقة : مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٢٠١ .
ولكن أنظر عكس ذلك :
جميل الشرقاوى ، دروس فى النظرية العامة للحق ، ١٩٥٥ ، ص ٢٩ .

وجود الاشخاص فى نفس المركز من حيث التمتع بما تخوله من سلطات . ولذلك فهى لا تعرف فكرة الاستئثار أو الانفراد ، بل يتمتع الكافة جميعا بالحريات أو الرخص العامة على قدم المساواة ، دون استئثار واحد منهم أو انفراده بالتمتع بها دون الاخرين • فحرية السير فى الطرق العامة مثلا ، لا تفترض وجود رابطة قانونية ، أى لا تفترض تفاوتا فى مراكز الافراد بعضهم بالنسبة الى بعض ، بل تفترض وجود الافراد جميعا فى نفس المركز بالنسبة اليها ، أى فى ذلك المركز العام المشترك من امكان التمتع بها من قبل الجميع تمتعا لا ينفرد أو يستأثر به أحد منهم دون الاخرين •

غير أن الحرية أو الرخصة العامة قد تولد أحيانا حقا من الحقوق بالمعنى الاصطلاحى الدقيق ، وذلك اذا وقع اعتداء عليها من أحد الافراد ، اذ بمجرد هذا الاعتداء ــ وليس قبله ــ تنشأ رابطة قانونية هى رابطة اقتضاء تعطى للمعتدى على حريته حقا فى التعويض قبل المعتدى . فالحريات أو الرخص العامة اذن ليست حقوقا فى ذاتها ، ولكنها قد تولد حقوقا حينما تنشأ رابطة قانونية تخول شخصا من الاشخاص تسلطا أو اقتضاء على سبيل الانفراد والاستئثار •

فالفارق بين الحقوق وبين الحريات أو الرخص العامة اذن كالفارق بين الطريق الخاص والطريق العام : الاول يكون خاصا بشخص معين يختص به اختصاصا حاجزا مانعا لغيره من الناس ، والثانى لا يكون خاصا بأحد بل يشترك الجميع فى استعماله دون استثناء . وسنرى من بعد أن من النتائج التى تترتب على هذه التفرقة أن فكرة التعسف انما ترد فى شأن استعمال الحقوق وحدها دون استعمال الحريات أو الرخص العامة ، ففى أحكام المسئولية التقصيرية ما يكفل رقابة هذا الاستعمال الاخير والتعويض عن مخاطره أو أضراره دون حاجة الى فكرة التعسف فى شأنه •

وعلى ضوء ما سبق من تحليل للحق وتمييز بينه وبين ما قد يختلط به من الحريات أو الرخص العامة ، نستطيع تعريف الحق اذن بأنه هو تلك الرابطة القانونية التى بمقتضاها يخول القانون شخصا من الاشخاص على سبيل

الانفراد والاستئثار التسلط على شىء أو اقتضاء أداء معين من شخص آخـــر (١) .

ويراعى أننا قد أغفلنا فى صلب هذا التعريف عنصر الحماية القانونية أو الدعوى التى يزود بها الحق · ومرد ذلك الى أننا لا نساير بعض الفقهاء الذين يعتبرون الدعوى منعناصر الحقالجوهرية ومقوماته الداخلية · فالدعوى فى واقع الامر لا تعدو أن تكون اثرا من آثار وجود الحق واستناده الى القانون، فهى مجرد وسيلة يصطنعها القانون لحماية الحق مما يفترض انها تالية فى الوجود لوجود الحق ، فلا يتأتى منطقا ادخالها اذن ضمن عناصر تكوينه الذاتية أو الجوهرية ·

فالدعوى اذن أثر من آثار وجود الحق وليست عنصرا من عناصره الجوهرية (٢) . ومن هنا ، كان كل حق مـــزودا بالضرورة بدعوى تؤكـــده وتحميه ، خلافا لما يراه بعض الفقهاء (٣) من امكان وجود الحق دون وجود الدعوى . فالمثل الذى يضربونه للتدليل على رأيهم من وجود نوع من الالتزام هو «الالتزام الطبيعى» لا يملك الدائن اجبار المدين على الوفاء به الا أن يقوم به المدين طواعية واختيارا فيعتبر وفاؤه صحيحا منتجا لاثارة القانونية ، مثل غيرمجد فى هذا الشأن · فهذا الالتزام ليس التزاما قانونيا بالمعنى الصحيح ،

---

(١) راجع فى ذلك :

Notre thèse précitée, note (1) p. 105

وقـــــارن :

Dabin, op. cit., p. 85 et s. — Bonnard, Le contrôle juridictionnel de l'administration, Etude de droit administratif comparé, 1934, Nos. 14, 15.

(٢) فى هذا المعنى :

Ionescu, thèse précitée, No. 29, pp. 63 - 66. — Réglade, op. cit., pp. 83, 90. — Notre thèse précitée, p. 89.

شفيق شحاته ، محاضرات فى النظرية العامة للحق ، ١٩٤٩ ، ص ١٥ .

ولكن اذا كانت الدعوى أثرا من آثار الحق بمعنى أن وجود الحق يستتبع وجود الدعوى ، الا أن العكس ليس بصحيح . فليس فى وجود دعوى من الدعاوى دليل حتمى على وجود حق من الحقوق (انظر كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ص ٥٦٩) .

(٣) Capitant, op. cit., No. 91. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 188. — Nerson, Les droits extrapatrimoniaux, thèse, Lyon, 1939, No. 155, p. 313.

وبالتالى لا يوجد فى مقابلته أى حق للدائن . ومن هنا لم يكن تخلف وجـــود الدعوى فى يد الدائن لاقتضاء الوفاء بهذا الالتزام دليلا يؤخذ على امكان وجود الحق دون أن يستتبع وجوده قيام دعوى تحميه . فاذ انقضى دين بالتقادم مثلا ، فلا يبقى للدائن بعد ذلك حق فى اقتضاء وفاء المدين ، وبالتالى لا تكون بيده دعوى يؤيد بها هذا الاقتضاء ، وتخلف دعواه هنا ليس دليلا على امكان قيام حقه دون دعوى ، وانما هو دليل على تخلف حقه وانقضائه (١) .

(١) فى هــذا المعنى :
Dabin, op. cit., pp. 98, 99.
شفيق شحاته ، المرجع السابق ، ص ١٤ . — شمس الدين الوكيل ، دروس فى النظرية العامة للحق ، ١٩٥٢ / ١٩٥٣ ، ص ١٦ و ١٧ . — جميل الشرقاوى ، المرجع السابـــق ، ص ٢٠٦ و ٢٠٧ .

الفصل الثالث

انـــواع الحـــق

٢٣١ ــ تعدد أنواع الحق ، وتقسيماته المختلفة (١)

يجرى الفقهاء عند الكلام فى أنواع الحق على تقسيم الحقوق تقسيمات عدة تتعدد بتعدد زوايا النظر اليها . وليست كل هذه التقسيمات بذات أهميـــة متساوية . ولذلك اذا كنا سنشير الى أهم هذه التقسيمات المتعددة ، فلكى نستصفى منها من بعد ما يجب لاهميته الوقوف عنده والخوض فيه بشىء من البيان والتفصيل .

(١) فثم تقسيم للحقوق الى « **حقوق سياسية** » (droits politiques) و « **حقوق مدنية** » (droits civils) (٢) . ويقصد بالحقوق السياسية تلك الحقوق التى تثبت للافراد باعتبارهم اعضاء فى جماعة سياسية معينة فتخولهم حق المشاركة فى حكم هذه الجماعة ، كحق الترشيح للمجالس النيابية وحق الانتخاب وحق تولى الوظائف العامة . ويقصد بالحقوق المدنية ما يلزم ثبوته للافراد فى نشاطهم العادى فى الجماعة من حقوق غير ذات صفة سياسية ، وبذلك يضم هذا النوع طائفة كبيرة من الحقوق تختلف فيما بينها ولكن يجمعها انتفاء الصفة السياسية .

وليس لمثل هذا التقسيم أهمية كبيرة . اذ تنحصر أهميته فى أن الحقوق السياسية ـ كأصل عام ـ حقوق قاصرة على الوطنيين وحدهم دون الاجانب بالنظر الى ما تخوله من حق المساهمة والمشاركة فى حكم الدولة ، بينما تثبت الحقوق المدنية فى الاصل لكل فرد أو شخص دون اعتبار لجنسيته بوصفها لازمة له فى نشاطه فى الحياة الاجتماعية (٣) .

---

(١) راجع فى ذلك كتابنا سالف الذكر ، ص ٥٧١ ــ ٥٧٧ .

(٢) أنظـر فى ذلك .
Capitant, op. cit., No. 75.

(٣) ولكن يمكن أن ترد استثناءات على هذا الاصل أو ذاك .

(٢) وقريب من هـذا التقسيم تقسيم الحقـوق الى « **حقوق عامة** » (Droits publics) و « **حقوق خاصة** » (droits privés) . ويقصد بالحقوق العامة تلك الحقوق التى يحكمها القانون العام نظرا لتعلقها بحق السيادة فى الجماعة . أما الحقوق الخاصة ، فهى التى يحكمها القانون الخاص نظرا لعدم تعلقها بحق السيادة فى الجماعة وقيامها بين الاشخاص بوصفهم اشخاصا عاديين . غير أن هذا التقسيم ليس الا ترديدا لتقسيم القانون الى عام وخاص على التفصيل السابق بيانه ، فهو لا يضيف جديدا (١) يجعلنا نتوقف عنده .

(٣) وكذلك يجرى بعض الفقهاء على تقسيم الحقوق الى « **حقوق حالية** » (droits actuels) من ناحية ، والى « **حقـوق مؤجلة أو مسـتقبلة** » (droits futurs)و « **حقوق شرطية** » (droits conditionnels) و « **حقوق احتمالية** »(droits éventuels) من ناحية أخرى . ولكن ليس هـذا التقسيم بالذى يجب التوقف عنده . فهو يقوم على أساس وجود الحق وهل هو يقينى حال أم غير ذلك ، ولهذا تنحصر أهميته فى فترة الشك من أمر هذا الوجود : فاذا انحسم هذا الشك باثبات الوجود ، لم يعد ثم ما يفرق هذه الحقوق عن بقية الحقوق ، أما اذا انحسم بنفى هذا الوجود ، فلا نكون حينئذ بصـدد حق من الحقوق (٢) .

(٤) وثم تقسيم آخر للحقوق يقول به بعض الفقهاء ، هو تقسيمها الى « **حقوق مقيدة أو مراقبة** » droits contrôlés و « **حقوق مطلقة أو تقديرية** » (droits discrétionnaires) (٣) ، حيث يخضع استعمال الاولى لتعقيب القضاء ورقابته ، بينما يترك استعمال الثانية لمحض تقدير أصحابها دون رقابة عليهم فى ذلك . وسنرى أن هذا التقسيم وهمى ، وان الحقوق جميعا من هذا

---

(١) فى هـذا المعنى :
Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 143

(٢) انظر فى نقد هذا التقسيم كذلك :
Dabin, Le droit subjectif, 1952, pp. 165, 166.

(٣) انظر فى ذلك بصفة خاصة :
Rouast, Les droits discrétionnaires et les droit contrôlés, Revue trimestrielle de droit civil, 1944, pp. 1 - 19.

الوجه مقيدة الاستعمال تخضع فى ذلك لرقابة القضاء وتعقيبه على ما سنبينه من بعد فى « نظرية التعسف فى استعمال الحق » .

(٥) وهناك طائفة من الحقوق تحظى باهتمام الفقهاء هى «**حقوق الاسرة**» (droits de famille) التى تقوم بين أعضاء الاسرة بعضهم قبل البعض ، وتثبت لكل منهم باعتبار مركزه فى الاسرة · ومن أمثلة هذه الحقوق سلطة الاب أوحقه فى تأديب أولاده وتعليمهم ، وسلطة الزوج على زوجته وحقه عليها فى طاعته ·

ويراعى أن حقوق الاسرة تتميز فى مجموعها عن بقية الحقوق بأنها لا تخول لاصحابها سلطات فحسب بل تضع على عاتقهم واجبات كذلك فى نفس الوقت (١) فالاب مثلا اذ تكون له سلطة تأديب أولاده ، فعليه كذلك واجب هذا التأديب . والزوج اذ يكون له حق الطاعة على زوجته ، فعليه كذلك واجب ايوائها والاتفاق عليها · ومردهذه الخصيصة فى حقوق الاسرة وسلطاتها الى أن هذه الحقوق والسلطات لا تمنح لاصحابها لتحقيق مصلحتهم الخاصة وانما تمنح لهم أساسا لتحقيق مصلحة الاسرة كلها ومصلحة الخاضعين من هذه الاسرة لهذه الحقوق وتلك السلطات .

والاصل أن حقوق الاسرة غير مالية فلا يملك أصحابها التعامل عليها بالتصرف فيها أو النزول عنها ، ولا يملك الدائنون توقيع الحجز عليها ولا تنتقل بالموت الى ورثة أصحابها · غير أن ثم حقوقا مالية تنشأ للافراد نتيجة مراكزهم فى الاسرة وعلاقات القرابة التى تربطهم بغيرهم ، كحق الارث وحق النفقة ، ولكن مثل هذه الحقوق تعتبر حقوقا مالية خالصة فتخرج عن نطاق حقوق الاسرة (٢) .

(٦) غير أن التقسيم التقليدى الذى جرى عليه أغلب الفقهاء واتبعته أكثر التقنينات ، هو تقسيم الحقوق الى « **حقوق مالية** » (droits pécuniaires

---

(١) Capitant, op. cit., No. 90.

(٢) Capitant, Ibid.

(droits extra-patrimoniaux) « حقوق غير مالية » و ou patrimoniaux)

وهذا التقسيم له فائدة غير منكورة فى تأصيل التفرقة بين طائفتين كبيرتين من الحقوق ، تبعا لتوافر أو تخلف القيمة المالية فيها وما يستتبعه ذلك من آثار مختلفة ، أهمها دخول الحقوق المالية وحدها فى الذمة المالية مكونة جانبها الايجابى ، وقابليتها بالتالى — على خلاف الحقوق غير المالية — للتصرف والحجز والتقادم والارث .

ولكن فائدة هذا التقسيم ، لا تحجب عدم قطعة ودقته (١) . فمن الحقوق غير المالية ما يستتبع آثارا مالية ، كحق البنوة يستتبع الارث ، وحق الطلاق يستتبع حق النفقة . وكذلك فالاعتداء على الحقوق غير المالية لا يلبث أن يولد حقوقا مالية بالتعويض . هذا فضلا عن أن بعض الحقوق يستعصى ردها الى طائفة الحقوق المالية وحدها ، نظرا لمالها من طبيعة مزدوجة مالية ومعنوية على السواء ، كالحق الذهنى أو حق المؤلف الذي يعطى صاحبه حقا معنويا فى الابوة على خلقه الفكرى وكذلك حقا ماليا فى احتكار استغلاله .

(٧) ولذلك يتجه بعض الفقهاء المحدثين (٢) نحو تقسيم آخر يقيمونه على أساس المحل ، نظرا لما للمحل من أثر كبير فى تحديد مضمون الحق وتنويع سلطاته ، فيقسمون الحقوق على هذا الاساس الى « حقوق الشخصية »

Les droits réels « الحقوق العينية » و des droits de la pernonnalité

(les droits personnels « الحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية » و

Les droits intellectuels « الحقوق الذهنية » و ou de créance)

وربط هـذا التقسيم بالتقسيم السابق عليه يظهر أن حقوق الشخصية من طائفة الحقوق غير المالية ، وأن الحقوق العينية وحقوق الدائنية من طائفة الحقوق المالية ، بينما ترد الحقوق الذهنية الى الطائفتين معا فى نفس الوقت . فنعرض لكل من هذه النماذج فى مبحث على حدة .

---

(١) أنظر فى ذلك :
Marty et Raynaud, t. I, No. 144. — Mazeaud, t. I, No. 158. —

(٢) Dabin, pp. 167 et s. — Marty et Raynaud, No. 145.

المبحث الاول

حقوق الشخصية (١)

Droits de la personnalité

٢٣٢ ـ التصوير السائد لحقوق الشخصية

يذهب جمهور الفقهاء المحدثين الى الاعتراف بكيان مستقل لطائفة معينة من الحقوق يطلقون عليها اسم « حقوق الشخصية » ، ويقصدون بها الدلالة على تلك الحقوق التى تنصب على مقومات وعناصر الشخصية فى مظاهرها المختلفة ، بحيث تعبر عما للشخص من سلطات مختلفة واردة على هذه المقومات وتلك العناصر بقصد تنمية هذه الشخصية وحمايتهاأساسا من اعتداء الافراد أو الاشخاص الاخرين (٢) . واذا أطرحنا جانبا حقوق الاسرة نظرا للخلاف حول دخولها أو عدم دخولها ضمن حقوق الشخصية ، نجد الاتفاق قائما بين جمهور الفقهاء على رد حقوق الشخصية بمعناها الدقيق الى فرعين أولين يعكسان وجهى الشخصية وما ترتكز عليه من مقومات مادية ومعنوية على السواء ، والى فرع ثالث يتعلق بنشاط الشخصية ذاتها وما يستوجبه من حماية .

---

(١) راجع فى ذلك خاصة :

Perreau, Des droits de la personnalité, Revue trimestrielle de droit civil, 1909, pp. 501 - 536. — Regamey, La protection de la personnalité en droit civil, thèse, Lausanne, 1929. — Nerson, thèse précitée.

عبد الحى حجازى ، نظرية الحق ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٢ ، ص ٢٤ — ٤٩ . — وكتابنا سالف الذكر ، ص ٥٧٨ — ٥٩٧ .

(٢) أنظر فى التمييز من هذا الوجه بين حقوق الشخصية وحقوق الانسان : كتابنا سالف الذكر ، ص ٥٧٨ — ٥٨١ .

(١) الحقوق الواردة على المقومات المادية للشخصية

نجد فى طليعة هذه الحقوق **الحق فى الحياة** (droit à la vie) **والحق فى السلامة البدنية أو الجسمية** (droit à l'intégrité physique) . فلكل شخص حق يرد على جسمه يخول له حماية هذا الجسم بأعضائه المختلفة من اى اعتداء يقع عليه . ومقتضى هذا الحق امتناع كل شخص عن المساس أو الاعتداء على جسم غيره بضرب أو جرح . ولذلك فالاصل أن الجراح يمتنع عليه اجراء جراحة طبية للمريض الا بعد الحصول على موافقته (١) ، وأن الشخص لا يمكن اجباره على الخضوع لتجارب أو تحاليل طبية أو علمية لا يأذن بها . غير أن هذا الاصل ليس بالمطلق ، ففى الاحوال التى يستحيل فيها الحصول على اذن المريض أو أقربائه القريبين ويكون الاقدام على جراحته أمرا ضروريا وعاجلا ولا يحتمل التأخير ، يبدو أن للطبيب الاقدام على الجراحة رغم تخلف اذن صاحب الشأن (٢) . وقد ترغم القوانين واللوائح الاشخاص — فى أحوال معينة — على الخضوع لفحوص طبية أو تحاليل معينة ، أو على تحمل تطعيم أو علاج وقائى معين ضد بعض الامراض أو الاوبئة . بل وقد يتولى القضاء نفسه — فى صدد خصومه مطروحة أمامه — اخضاع أحد الخصوم لفحص طبى أو تحليل علمى معين ، ولكن يكون لهذا الخصم أن يرفض الخضوع لذلك فيتحمل حينئذ عواقب هذا الرفض ، اذ قد يستلخص القاضى من رفضه — مع انعدام أو قلة مخاطر الفحص أو التحليل المتطلب — قرينة قضائية تعزز دعوى خصمه .

واذا كان حق الشخص على جسمه يحميه من اعتداء الغير عليه أو يجنبه تدخل الغير الماس بأعضائه دون رضاه ، فليس معنى ذلك أن للشخص — بمقتضى هذا الحق — سلطة مطلقة على جسمه يتصرف فيه كيف يشاء . ولذلك تنحو بعض التقنينات الحديثة ويؤيدها الفقه فى ذلك (٣) ، نحو الحد من مثل

---

(١) Mazeaud, t. I, No. 629. — Marty et Raynaud, Nos. 332, 481

(٢) Mazeaud, t. No. 629, p. 631

(٣) عبد الحى حجازى ، ص ٣٨ و ٣٩ . — اسماعيل غانم ، ص ٢٠ و ٢١ .

هذه السلطة المطلقة ـ كفالة لاحترام الانسان فيما له من كيان مادى ـ بتحريم تصرف الشخص فى جسمه أو فى جــزء منه (١) تصرفا قانونيا حالا منجزاً الا اذا كان مثل هذا التصرف لا يضمر خطرا على حياته أو على استمرار سلامة واكتمال كيانه المادى . ولذلك يعتبر صحيحا تصرف الشخص فى بعض دمه بالهبة أو البيع (٢) .

والاصل ان حق الشخص على جسمه يظل قائما وثابتا له طوال حياته بحيث ينقضى بوفاته . ولكن مراعاة الكرامة الانسانية الواجبة للجسم فى حال الحياة وفى حال الموت على السواء ، تجوز الخروج على هذا الاصل باعطاء الشخص الحق فى تحديد مصير جثته بعد موته ، بشرط الا يخالف هذا التحديد أحكام القوانين واللوائح أو القوانين المتعلقة بالنظام والاداب . ففى هذه الحدود ، يملك الشخص أن يوصى بجثته أو بجزء منها لمعهد أبحاث علمية أوطبية لاجراء تجارب عليها ، أو يوصى بعينيه لبنكمن بنوك العيون (٣) ، أو يوصى بنقل عضو من أعضائه بعد وفاته الى جسم من يحتاجه من المرضى (٤) .

(٢) الحقوق الواردة على المقومات المعنوية للشخصية

اذا كانت الشخصية تستوى على مقومات مادية هىالكيان أو الجسم المادى للفرد فهى تستوى كذلك على مقومات معنوية كالشرف والاعتباروالكرامة الشخصية لا تقوم بدونها . ولذلك ، فحماية للشخصية ، يرى جمهور الفقهاء وجوب الاعتراف للافراد على هذه المقومات بحقوق معينة تؤمنهم عليها وتكون سندهم فى دفع ما يقع عليها من اعتداء وفى التعويض عن أضراره .

---

(١) واضح أن ما ينفصل عن جسم الانسان من اجزاء أو أعضاء يصح التصرف فيــــه بعد انفصاله ، اذ بالانفصال يصبح العضو أو الجزء محل التصرف شيئا داخلا فى دائرة التعــامل. (فى هذا المعنى : عبد الحى حجازى ، ص ٣٩ و ٤٠ ـــ اسماعيل غانم ، ص ٢١).

(٢) فى هــذا المعنى :

Mazeaud, t. I, No. 645, p. 638.

عبد الحى حجازى ، ص ٣٩ . ـــ اسماعيل غانم ، ص ٢٠ .

(٣) انظـــر فى ذلك :

Mazeaud, t. I, No. 631. — Marty et Raynaud, t. I, No. 332.

عبد الحى حجازى ، ص ٤٠ و ٤١ .

(٤) أجريت أخيرا جراحات لنقل وزراعة القلب والكلية ، ونجح بعضها .

١ — فللفرد حق فى الشرف (droit à l'honneur) (١) ، يكفل له الاحترام الواجب للشخصية ولاعتبارها وكرامتها وسمعتها بحيث يمتنع على الاخرين المساس بشخصيته من نواحى هذا الاعتبار المعنوى ، والا كان للمعتدى على شرفه الحق فى المطالبة برفع الاعتداء وبالتعويض عما لحقه من اضرار بل أن معظم القوانين ترى فى الاعتداء على الشرف الشخصى اعتداء على الجماعة نفسها ، ولذلك لا تكتفى بالجزاءات المدنية وحدها بل تأخذ المعتدى كذلك — بشروط معينة — بجزاءات جنائية .

٢ — وللفرد كذلك **الحق فى السرية** (droit au secret) (٢) ، لتظل أسرار حياته الخاصة محجوبة عن العلانية مصونة عن التدخل والاستطلاع ، فيمتنع على الغير افشاء أسرار شخص دون اذنه أو موافقته، وخاصة اذا كان اطلاعه على هذه الاسرار بحكم وظيفته أو مهنته كطبيب أو محام ، أو بحكم صلته كزوج ، الا فى الاحوال التى يوجب او يرخص القانون فيها بذلك . بل ويكفل القانون حماية السرية بالعقاب جنائيا على افشاء أصحاب المهن لما ائتمنوا عليه من أسرار . ويتفرع عن الحق فى السرية بوجه عام حق الشخص فى سرية مراسلاته واتصالاته التليفونية بوجه خاص .

٣ — وللفرد كذلك **حق فى الاسم** (droit au nom) ، يكفل له تمييز شخصيته ومنع اختلاطه بغيره من الافراد ، فيمتنع على غيره انتحال اسمه أو المنازعة فيه . وسوف نعرض لهذا الحق بالتفصيل من بعد .

٤ — واذا كان للفرد — على مارأينا — حق على كيانه وجسمه المادى يكفل السلامة المادية لشخصيته ، فان السلامة المعنوية (L'intégrité morale) للشخصية تقتضى الاعتراف للفرد **بحق على الهيئة أو الصورة** (droit à l'image) التى تعكس كيانه المادى وتعتبر مظهر شخصيته . ولذلك

---

(١) راجع فى تفصيل ذلك خاصة :
Nerson, thèse précitée, Nos. 95 - 109.

(٢) راجع فى تفصيل ذلك :
Nerson, thèse précitée, No. 82 - 94.

فالاصل هو امتناع عرض أو نشر صورة شخص دون اذن منه . الا فى حالات استثنائية كأن يتم ذلك بمناسبة حــوادث وقعت علنا أو كانت تتعلق برجال رسميين أو لهم صفة عامة (١) .

٥ — ومن حقوق الشخصية الواردة على المقومات المعنوية كذلك حق الشخص على مايبتكره من أفكار وهو مايعرف باسم الحق المعنوى الذهنى أو « الحق المعنوى للمـؤلف » (Le droit moral de l'auteur) . فأفكار الشخص هى من صنعه وخلقه ، ولذلك تعتبر آثاره الفكرية هى شخصيته نفسها من الناحية الذهنية أو الفكرية ، ويكون حقه فى ابوه هذه الآثار حقا من حقوق الشخصية ، يظل لاصقا بشخصيته لا ينفصل عنها حتى ولو تنازل عن احتكار استغلالها ماليا الى غيره . وهذا الحق المعنوى يخول صاحبه ، كما سنرى ، سلطة تقرير نشر أثره الفكرى أو عدم نشره ، وحق نسبته اليه وحمايته هذه النسبة من ادعاء الغير ، وسلطة تعديله وتغييره ، بل وسلطة سحبه من التداول والنشر .

(٣) الحقوق المتعلقة بحرية نشاط الشخصية :

لابد للشخصية ، حتى تنشط وتؤدى دورها فى الحياة ، من حرية القيام بأعمال معينة أو الامتناع عن القيام بها . ولذلك تجب حماية الشخصية فيما يتعلق بهذا النشاط عن طريق كفالة الحريات العديدة اللازمة لذلك ، مثل حرية التنقل والذهاب والمجىء ، وحرية التفكير وحرية اختيار العمل ، وحرية التجارة ، وحرية التعاقد ، وحرية الزواج وما الى ذلك .. فللافراد حق فى هذه الحريات العديدة وامثالها ، نظرا للزومها للشــخصية من حيث تأمين وظيفتها ونشاطها . واعتداء الغير على هذا الحق بالتدخل فى هذه الحريات ، يخول للمعتدى عليه المطالبة برفعه ووقفه والتعويض عن أضراره .

---

(١) أنظر فى ذلك : كتابنا سالف الذكر ، متن وهامش «١» و «٢» ص ٥٨٧ .

٢٣٣ — نقد التصوير السائد ، والحد من نطاق حقوق الشخصية

تلك هى حقوق الشخصية ونطاقها فى التصوير السائد فى الفقه الحديث لها . غير أن هذا التصوير محل نظر من أكثر من ناحية كما سنرى. وهويؤدى كذلك الى توسيع نطاق هذه الطائفة من الحقوق توسعه مصطنعة ليس لها من مبرر الامجرد التجوز فى التعبير والترخص فى اغداق اصطلاح «الحق» دون تمييز أو تثبت من توافر مدلوله الدقيق. ويكشف عن أمر هـــذه التوسعة المصطنعة لنطاق هذه الطائفة من الحقوق أن هذه الحقوق ما تزال — حتى فى نظر الداعين لها — مفتقرة الى كثير من التحديد والتماسك .

وقد أحسن المشرع المصرى — على نحو ما يفعل بعض المشرعيين الحديثين كالمشرع السويسرى — بالاحجام عن مسايرة الفقه السائد فى تعديد حقوق الشخصية على النحو السالف ذكره اكتفاء بالاشارة الى حماية هذه الحقوق بصفة عامة (١) بنصهعلى أن « كل من وقع عليهاعتداء غير مشروع فىحق من الحقوق الملازمة لشخصيته ، أن يطلب وقف الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » (م ٥٠ مدنى) .

والواقع أننا اذا أمعنا النظر فى قائمة الحقوق التى يقدمها الفقهاء لطائفة حقوق الشخصية ، لم نجد منها ما يصدق عليه وصف الحق بالمعنى الدقيق الا العدد القليل .

فالحقـــوق المتعلقة بحرية نشـــاط الشخصية ليست أصلا حقوقا بالمعنى الدقيق ، اذ هى بذاتها الحريات أو الرخص العامة التى تثبت للناس كافة دون أن يختص بها بعض منهم على سبيل الاستئثار والانفراد ، والتى سبق أن ميزنا بينها وبين الحقوق (٢). ولذلك يجب استبعادها من نطاق حقوق الشخصية.

---

(١) وهذه الحماية العامة يؤكدها كذلك بصفة خاصة فى صدد حق من حقوق الشخصية هو حق الاسم (م ٥١ مدنى) كما سترد الاشارة من بعد .

(٢) أنظر سابقا ، ص ٤١٩ — ٤٢١ .

وأنظر كذلك فى هذا المعنى :

Capitant, Sur l'abus des droits, Rev. trim. de droit civil, 1928, pp. 371 - 374. — Notre thèse précitée, pp. 93 - 105.

وأما الحقوق الواردة على المقومات المادية والمعنوية للشخصية ، فأقلها هو الذى يصدق عليه وصف « الحق » بالمعنى الدقيق فيصح اعتباره بالتالى ضمن طائفة حقوق الشخصية ، أما اغلبها فيفتقد هذا الوصف بحيث يجب استبعاده من نطاق هذه الطائفة . ذلك أن الحق يفترض شخصا يكون صاحبه ومحلا يقع عليه، وبديهى وجوب انفصال المحل عن الشخص أو الصاحب، اذ لا يتصور أن يكون الشخص صاحبا للحق ومحلا له فى نفس الوقت . وأكثر الحقوق التى يقال بورودها على المقومات المادية والمعنوية للشخصية انما يرد على الشخص ذاته لا على محل خارجى عنه (١)، ولذلك لايحل اعتبارها من قبيل الحقوق ولا ادخالها بالتالى ضمن «حقوق الشخصية». أما حيث يوجد من مقومات الشخصية ما له كيان خارجى قائم بذاته متميز عن كيان الشخص ، فلا حرج حينئذ من اعتبار المكنات والسلطات المخولة للفرد عليه من قبيل الحقوق . ولذلك ينبغى اعتبار الحق فى الاسم حقا بالمعنى الصحيح ، لانه يرد على شىء له كيان خارجى قائم بذاته رغم اتصاله الوثيق بالشخص . وكذلك الحق المعنوى للمؤلف حق بالمعنى الصحيح، لانه يرد على أثر فكرى قد أصبح له كيان مستقل منذ أن خرج عن شخص مبتكره بالتعبير وان كانت الصلة بينهما تظل قائمة ووثيقة . ومن هنا يكون صحيحا اعتبار هذين الحقين من حقوق الشخصية .

واذا كنا ننكر صفة الحقوق على الكثرة الغالبة مما يسميه جمهور الفقهاء بحقوق الشخصية ، فليس معنى ذلك أننا نذر القيم والمصالح التى تمثلها دون حماية كما يظن البعض (٢) فليس ينكر أحد ضرورة حماية مصلحة الفرد فى سلامة جسمه أو شرفه أو سرية حياته ومراسلاته أو حرية نشاطه ، وانما ليس بحتم أن تكون وسيلة الحماية هى اصطناع حق يفتقد مقومات الحقوق . فالحماية مكفولة ميسورة بوسائل أخرى توافق الواقع ولا تناقضه مثل هذه

---

(١) فى هذا المعنى : Notre thèse précitée, p. 91.

وقارن مع ذلك فيما يقال من تبريرات لنفى هذا المعنى :

Edmond Picard, Le droit pur, Nos. 37, 41, 42. — Dabin, op. cit., p. 169.

وانظر فى مناقشة هذه التبريرات : كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ، ص ٥٩١ .

(٢) Mazeaud, op. cit., t. I, No. 653.

المناقضة الظاهرة، اذ فى فكرة المسؤولية التقصيرية غناء عن غناء التحايل على اصطناع وتأصيل مثل هذه الحقوق المزعومة (١) .

والواقع أن الكثرة الغالبة من حقوق الشخصية التى ننكر عليها وصف الحق بالمعنى الدقيق لا وجود لها قبل وقوع اعتداء عليها . فطالما لم يقع اعتداء على الجسم أو الشرف أو السمعة أو السرية أو الحرية، لا يوجد بعد حق فىسلامة الجسم أو فى الشرف او فى السرية أو فى الحرية . وانما ينشأ ، بعد الاعتداء على هذه القيم والمصالح ، حق للمعتدى عليه فى حمايتها واصلاح أضرار الاعتداء عليها . وهذاالحق أنما مصدره فعلالاعتداء غير المشروع ومسؤولية المعتـــــدى عن خطئه المتمثل فى هـــذا الاعتداء (٢) . ذلك أن الرابطـــــة القانونية ــ وهى قوام الحق كما رأينا ــ لا تنشأ قبل هذا الاعتداء (٣) ، لانه ليس للشخص تسلط على نفسه كما يتسلط على الاشياء أو حق بعد فى اقتضاء أداء معين من شخص معين من الاشخاص (٤) . فكأن هذه الحقوق المزعومة اذن فى سلامة الجسم أو الشرف أو السريةأو الحرية ليستالاحقوقا فى اصلاح أو تعويض الضرر الواقع على الشخص فى مقوماته المادية أو المعنوية أو فى حرياته .

٢٣٤ ــ خصائص حقوق الشخصية (٥)

اذا كانت القلة الضئيلة من طائفة حقوق الشخصية كما يعددها الفقه السائد هى وحدها التى يصدق اعتبارها وتسميتها باسم الحقوق ، فيكون لجمعها رغم

---

(١) أنظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٥٩٣ .

(٢) فى هذا المعنى :

Nerson, thèse précitée, No. 174. — Roubier, préface à la thèse précitée de M. Nerson. — Notre thèse précitée, pp. 91, 92.

(٣) فى هذا المعنى

Notre thèse précitée, pp. 115, 116.

(٤) وليس صحيحا القول بأن للشخص حقا فى اقتضاء امتناع الكافة عن الاعتداء على سلامة جسمه أو شرفه أو سره أو حريته ، اذ لا يقع على الـكافة ــ كما سنرى ــ التزام بالمعنى الدقيق حتى يقابله حق واقتضاء صحيح .

(٥) راجع فى تفصيل ذلك خاصة :

Nerson, thèse précitée, Nos. 180 - 208.

ذلك — بين أنواع الحق — فى طائفة مستقلة تعرف باسم « حقوق الشخصية » مايبرره من تميزها بخصائص ذاتية لاتشاركها فيها بقية طوائف الحقوق

فمن الواضح أن حقوق الشخصية حقوق لاتنفك ملازمة ولصيقة بالشخص، وهو ما يستتبع اثباتها لصاحب معين لا تغيره (١) بحيث تنقضى بموته وانقضاء شخصيته **فلا تنتقل من بعد موته بالميراث الى ورثته** . وهذه الحقوق — نظرا لالتصاقها بالشخصية — تكتسب نفس صفاتها ، فتكون حقوقا غير مالية أى لا تقوم بمال . وبذلك تعتبر هذه الحقوق خارجة عن دائرة التعامل ، فتكون **غير قابلة للتصرف أو الحجز عليها** ، وتكون **غير قابلة للسقوط أو الاكتساب بالتقادم** . وعلى ذلك ، فالاسم ان كان القانون يثبته فى حياة الاب لاولاده ، فهو لاينتقل الى الورثة بوفاته ، وهو كذلك لايقبل التصرف أو التنازل، ولايسقط مهما طالت مدة أهماله وعدم استعماله. والحق المعنوى للمؤلف يظل له وحده حتى ولو نزل عن احتكار استغلاله ، وكل تصرف منه فيه يستتبع بطلانه .

ولكن لاتجب المبالغة فى مدى هذه الخصائص ، فهى ليست على النحو من الاطلاق الذى قد يظن بها .

فحقوق الشخصية ، ان كانت حقوقا غير مالية ، الا انها قد تستتبع آثارا مالية ، اذ أن الاعتداء عليها يولد لاصحابها حقا ماليا فى التعويض ، كما سنرى . ولذلك يكون لكل من انتحل الغير اسمه دون حق أو نازعه فى استعماله بلا مبرر أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر . ويكون للمؤلف أن يطالب بوقف تدخل الغير أو اعتدائه على مايخوله له حقه المعنوى من سلطات معينة على مصنفه أو أثره الفكرى . وبالتعويض عما يلحقه به هذا التدخل أو الاعتداء من ضرر .

ويبدو من ذلك أن الاعتراف بوصف الحق بالمعنى الدقيق لبعض حقوق الشخصية كما فى هذه الحالات ، يخول صاحبه — فضلا عن المطالبةبالتعويض

---

(١) Mazeaud, op. cit., t. I, No. 643.

وفقا لقواعد المسئولية حيث تتوافر شرائطهـــا من الخطأ والضرر وعلاقة السببية — المطالبة كذلك بوقف الاعتداء على حقه دون توقف على اثبات ترتب ضرر على هذا الاعتداء ٠ ولايجب أن يفهم من ذلك أن صاحب الحق يملك مثل هذه المطالبة دون مصلحة له فيها ، فلكل صاحب حق — والحق اختصاص واستئثار — مصلحة ولو معنوية قائمة دائما وظاهرة فى منع الغير من مشاركته فى سلطات حقه أو التدخل فيها أو الاعتداء عليها ، وخاصة اذا كان الحق من حقوق الشخصية أو لصيقا بها . ولذلك فحيث يعتدى على حـــق من الحقوق — وخاصة اذا كان من حقوق الشخصية — فان الاعتداء يتضمن فى ذاته حتما معنى الضرر دون حاجة الى اثباته ، ويولد المصلحة لصاحب الحق فى المطالبة برد الاعتداء وايقافه (١) .

وكذلك اذا كان الاصل أن حقوق الشخصية غير قابلة للتعامل أو التصرف ، الا أنه خروجا على ذلك يمكن تجويز وتصحيح بعض الاتفاقات فى شأن هـــذه الحقوق مادامت مبنية على اعتبارات جدية ومحققة لاغراض نافعة دون مخالفة للقانون أو النظام العام والاداب ٠ ومن قبيل مايعتبر صحيحا من هذه الاتفاقات: ترخيص الشخص فى استعمال الغير لاسمه كاسم مستعار أدبى، أو اذن الشخص لكاتب أو روائى فى اطلاق اسمه على بعض أشخاص رواياته أو مسرحياته، أو اذن الشخص فى استعمال اسمه كاسم تجارى، أو ترخيص فنان مشهور فى اعطاء بعض المنتجات الصناعية اسمه على سبيل الدعاية والاعلان (٢) . وكذلك يعتبر صحيحا فى فرنسا — حيث تتسمى الزوجة بلقب زوجها — ترخيص الزوج بعد الطلاق لزوجته السابقة فى الاستمرار فى التسمى بلقبه واستعماله (٣) .

واذا كانت حقوق الشخصية غير قابلة فى الاصل كذلك للاكتساب أو السقوط

---

(١) قـــرب من ذلك :
Nerson, thèse précitée, No. 14; No. 174, pp. 369, 370.

(٢) **Nerson, thèse précitée, No. 185, pp. 401, 402. — Perreau, article précité, p. 518.**

(٣) **Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 956, p. 1180**

بالتقادم ، فقد يكون لمضى المدة ـ استثناء ـ شأن فى تأكيد اكتساب بعض هذه الحقوق وحمايتها . ومن قبيل ذلك أن القضاء الفرنسى يدخل فى اعتباره استطالة استعمال اسم أدبى مستعار مدة طويلة لتأكيد وحماية صاحبه فى استعماله ، بحيث لايحل لشخص يطابق اسمه الحقيقى هذا الاسم المستعار المطالبة بتحريم استعماله على صاحبه بعد امتداد استعماله له هذه المدة الطويلة (١) .

واذا كانت حقوق الشخصية لاتنتقل بالوفاة الى الورثة، فاستثناء من ذلك يخلف ورثة المؤلف مورثهم فى بعض سلطات حقه المعنوى ، كفالة لذكراه وحماية لاثاره (٢) .

(١) Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 558, 564, et pp. 551, 552

(٢) Nerson, thèse précitée, No. 200. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 669.

المبحث الثـــانى

الحقوق العينية والحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية (١)

٢٣٥ ـ تمهيد

اذا كانت « حقوق الشخصية » التى فرغنا من عرضها حقوقا غير مالية ، فالى جوارها توجد حقوق مالية خالصة تضم « الحق العينى » و « الحق الشخصى أو حق الدائنية » . وقد آثرنا دراسة الحقين معا فى مبحث واحد ، نظرا لان أمر التفرقة بينهما كان محلا كبيرا لجدل الفقهاء . فنعرض لكل من هذين الحقين على التوالى ، ثم نعرض لمناقشة أساس التفرقة بينهما ووجوبها بما يتفرع عليها من آثار .

المطلب الاول

الحق العينى

Le droit réel

٢٣٦ ـــ تعريف الحق العينى ، وأنواعه

التعريف السائد فى الفقه منذ قديم للحق العينى هو أنه يخول صاحبه سلطات قانونية مباشرة على شىء مادى (٢) ، بحيث توجد صلة مباشرة بين

---

(١) راجع فى ذلك خاصـــة :

Rigaud, Le droit réel, thèse, Toulouse, 1912. — Derruppé, La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance, thèse, Toulouse, 1952. — Ionescu, thèse précitée, Nos. 97, 98, 111, 131. — Notre thèse précitée, pp. 95 - 105.

(٢) ولذلك سنرى أن الحق الذهنى ليس حقا عينيا ، لانه حق يرد على شىء غـــير مادى (أنظر لاحقا ، المبحث الثالث من هذا الفصل) .

الشيء وصاحب الحق ، فلا يحتاج فى سبيل اعمال حقه والتمتع بسلطانه على الشيء الى تدخل من جانب شخص آخر • فقوام الحق العينى اذن وجود صلة مباشرة بين صاحب الحق وبين محله، وهذه الصلة المباشرة أمر طبيعى ما دام المحل شيئا لا ارادة له بحيث يخضع لارادات الافراد وتسلطهم دون اختيار • ولذلك سبق أن أشرنا الى أن الحق العينى يفترض وجود « رابطة تسلط » لا « رابطة اقتضاء » ، لان صاحب الحق لا يتصور أن يطالب الشيء بعمل أو يقتضى منه أداء ، وانما يخضعه مباشرة لسطانه وتصرفه •

واذا كانت الحقوق العينية تشترك كلها فى تخويل أصحابها سلطات مباشرة على شيء مادى ، فانها تنقسم مع ذلك الى نوعين كبيرين : « الحقوق العينية الاصلية » (Les droits réels principaux) ، و « الحقوق العينية التبعية » (Les droits réels accessoires) . ولا يعنى وصف الاولى بالاصلية والثانية بالتبعية ، أن الثانية تتبع الاولى وترتكز عليها • وانما تعتبر الثانية تبعية ، لانها تتبع حقا من الحقوق الشخصية أى حقوق الدائنية وتستند فى وجودها اليه ، بقصد ضمان الوفاء به وتأمين اقتضاء صاحبه له • ولذلك فاذا وصفت الاولى بأنها أصلية ، فما ذلك الا لتفرقتها عن هذه الثانية التبعية ، وللدلالة على أنها تقوم بنفسها استقلالا دون استناد الى أى حق آخر وعلى أنها مقصودة لذاتها لا لضمان الوفاء بمثل هذا الحق •

٢٣٧ ـ الحقوق العينية الاصلية

قلنا أن الحقوق العينية الاصلية هى تلك الحقوق العينية المستقلة التى لاتتبع حقا آخر أو تستند فى وجودها اليه ، وانما توجد لانها مقصودة لذاتها بما تعطيه لاصحابها من سلطا تالاستحصال على المزايا والمنافع المالية للاشياء المادية ، وهى لا تخرج عن سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف • غير أن هذه الحقوق تتنوع تبعا لاختلاف مضمونها باتساع أو ضيق ما تخوله من هذه السلطات الثلاث • فحيث تتجمع هذه السلطات معا فى يد صاحب الحق ،

يسمى الحق « حق الملكية » ٠ وحيث تتجزأ أو تتوزع هذه السلطات ، تتفرع عن حق الملكية حقوق أخرى تعتبر اقتطاعا منه ٠ ولذلك يعتبر حق الملكية هو الحق الرئيسى فى طائفة الحقوق العينية الاصلية ، بينما تعتبر باقى الحقوق العينية الاصلية الاخرى بالنسبة اليه مجرد حقوق فرعية ٠ فنعرض بايجاز لحق الملكية ، ثم للحقوق المتفرعة عنه ٠

(١) حق الملكيـــة (١) (Le droit de propriété) : اقــوى الحقــوق العينيـــة الاصــلية وأوسعها مضمونا وسلطات هو « حــق الملكية » ، اذ يخول لصاحبه كل السلطات المتصورة على شيء مادى من استعمال واستغلال وتصرف (م ٨٠٢ مدنى) ٠

فلمالك الشيء استعماله ، أى استخدامه فيما هو قابل أو صالح له من أوجه الاستخدام ، كركوبه سيارته أو أقامته فى بنائه أو قراءته كتبه ٠ وله كذلك استغلاله أى الحصول على ما يتولد أو ينتج عنه من ثمار ، كنتاج الماشية وصوف الاغنام والحاصلات الزراعية وأجرة المبانى والاراضى الزراعية وفوائد السندات وأرباح الاسهم . وله ــ فضلا عن ذلك ــ التصرف فى الشيء ، أى التسلط على رقبة الشيء أ وعلى كيانه ووجوده ، بحيث يملك دون غيره التحكم فى مصيره واستنفاد سلطاته عليه استنفادا كليا أو جزئيا ، وتصرفه فى الشيء أما أن يكون ماديا بافنائه والقضاء على مادته أو بتغييره تغييرا جوهريا يقلب وظيفته والغرض منه ، وأما أن يكون قانونيا بالنزول عن ملكيته الى الغير أو بتقرير حق عينى أصلى آخر أو حق عينى تبعى للغير عليه ٠

والاصل أن حق الملكية حق دائم أو مؤبد ، بمعنى أن الشيء المملوك يظل على الدوام محملا بحق الملكية رغم تغير أشخاص ملاكه وتعاقبهم ٠ ولذلك لا يتصور ــ مع استمرار بقاء الشيء ــ أن تؤقت ملكيته بمدة معينة تنقضى بعدها نهائيا دون أن تثبت لاحد من الاشخاص ، أو أن تنقضى هذه الملكية بالتقادم

---

(١) راجع فى ذلك : كتابنا « الحقوق العينية الاصلية ، الجزء الاول ، حق الملكية » ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٥

المسقط أى بعدم الاستعمال مدة طويلة (١) ، أو أن تسقط هذه الملكية بمجرد الترك أو الاسقاط من المـالك دون أن ينقلها فى نفس الوقت الى الغير (٢) .

والاصل كذلك أن تثبت ملكية الشىء لمالك واحد يستأثر عليه وحده بكل السلطات ، وهذه هى الملكية العادية أو المفرزة · ولكن يمكن أن تثبت ملكية الشىء لعدة ملاك فى نفس الوقت ، بحيث يكون لكل منهم حصة حسابية فى الملكية كالربع أو الثلث أو النصف دون أن يتجزأ الشىء بعد بينهم بما يوازى هذه الحصص ، كعدة ورثة يرثون قطعة أرض من مورثهم فيتملكونها غير مجزأة معا كل بقدر نصيبه فى الارث ، وهذه هى الملكية الشائعة · ومن الواضح أن الملكية الشائعة تتحول الى ملكيات عادية مفرزة ، اذا تم من بعد تقسيم الشىء الشائع بين الشركاء بحيث يفرز لكل منهم جزء من هذا الشىء يوازى حصته الاصلية فى الشيوع ·

(٢) **الحقوق المتفرعة عن الملكية :** هى الحقوق العينية التى تقتطع بعض سلطات الملكية لحساب شخص آخر غير المالك . وقد حـدد التقنين المدنى الحالى هذه الحقوق بحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى وحق الحكر وحق الارتفاق ، فنعرض لكل منها بايجاز على التوالى .

١ ــ **حق الانتفاع** (Le droit d'usufruit) : هو حق يخول للمنتفع سلطة استعمال واستغلال ملك غيره دون التصرف فيه ، اذ تظل سلطة التصرف باقية فى يد المالك لانه ما زال ــ رغم تقريره للغير حق انتفاع على ملكه ــ محتفظا بملكية الرقبة · وعلى المنتفع ــ طوال انتفاعه ــ أن يبذل من العناية فى حفظ الشىء ما يبذله الشخص المعتاد (م ٩٩٠ ــ ١ مدنى) ، وأن يرده عند

---

(١) ولكن ليس ما يمنع من أن يكتسب الغير الملكية بالتقادم أو مرور الزمن ، اذ ليس فى ذلك ما يتنافى مع دوام الملكية حيث لا يتغير بهذا التقادم المكسب الا شخص المالك وحـده مع استمرار بقاء حق الملكية نفسه .

(٢) ولكن استثناء من ذلك ، يباح ترك أو اسقاط الملكية فى المنقولات وحدها دون العقارات، بحيث تعود المنقولات المتروكة مباحة سائبة غير مملوكة لاحد ، فيمكن من بعد أن يستولى عليها أى شخص وأن يتملكها بهذا الاستيلاء (أنظر كتابنا سالف الذكر ، ج ١ ، ص ١٦٩ و ١٧٠)·

انتهاء حق الانتفاع . وحق الانتفاع حق مؤقت ينتهى بانقضاء الاجل المعين ، فان لم يعين له اجل عد مقررا لحياة المنتفع ، وهو ينتهى على اى حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الاجل المعين (١/٩٩٣ مدنى) .

٢ ـ **حق الاستعمال وحق السكنى** : يقتصر حق الاستعمال Le droit d'usage على تخويل صاحبه سلطة استعمال شىء مملوك لغيره ، فهو يختلف اذن عن حق الانتفاع فى انه لا يخول لصاحبه كذلك سلطة استغلاله . واذا كان محل حق الاستعمال عينا معدة للسكنى سمى حينئذ «حق السكنى» (Le droit d'habitation ، واقتصر على تخويل صاحبه مجرد سكنى هذه العين دون بقية أوجه استعمالها الاخرى ، ودون استغلالها من باب أولى بالتأجير مثلا الى الغير . ويتحدد فى الاصل نطاق حق الاستعمال وحق السكنى بمقدار ما يحتاج اليه صاحب الحق هو وأسرته الخاصة أنفسهم (م ٩٩٦ مدنى) . ولا يجوز النزول للغير عن أى منهما الا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى (م ٩٩٧ مدنى) . وكلا الحقين ــ كحق الانتفاع ــ حق مؤقت ينتهى بانقضاء الاجل المعين أو حتى قبل انقضائه فى حال موت صاحبه .

٣ ــ **حق الحكر** : يتقرر هذا الحق على الارض الموقوفة (١) ، ويخول لصاحبه ــ ويسمى المحتكر ــ استعمالها بالغراس فيها أو البناء عليها . وهو يملك ما يحدثه فيها من بناء أو غراس أو غيره ملكا تاما ، وله أن يتصرف فيه وحده أو مقترنا بحق الحكر (م ١٠٠٢ مدنى) . ولا يجوز التحكير الا لضرورة

---

(١) لم يعد جائزا ترتيب حق حكر على أرض غير موقوفة منذ العمل بالتقنين المدنى الحالى فى ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ . ومع ذلك يظل مستمرا ما كان مرتبا من قبل وقائما وقت العمل بهذا التقنين من أحكار على أرض غير موقوفة (م ١٠١٢ مدنى) .

ولما كان المشرع المصرى قد الغى الوقف الاهلى بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ ، فقد أدى ذلك الى انتهاء الاحكار المرتبة على الاعيان الموقوفة وقفا أهليا . ثم لم يلبث المشرع بعد ذلك أن مضى فى سياسة تصفية الاحكار على الاوقاف الخيرية فأجاز القانون رقم ٣٤٦ لسنة ١٩٥٣ لوزير الاوقاف انهاءها اذا اقتضت المصلحة ذلك . ثم حدد بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٠ مهلة خمس سنوات لاتمام هذا الانتهاء ، ومد هذه المهلة بعد ذلك بالقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٥ .

أو مصلحة . ولا يجب على أى حال أن يزيد التحكير على ستين سنة (م ٩٩٩ مدنى) .

وحق الحكر حق مؤقت ينتهى بحلول الاجل المعين له . ولكنه ــ على خلاف حق الانتفاع وحق الاستعمال والسكنى ــ لا ينقضى بموت المحتكر اذا كان موته قبل حلول الاجل وبعد بنائه أو غراسه . أما اذا كان الموت قبل البناء أو الغراس ، فالاصل هو انقضاء الحكر الا اذا طلب جميع الورثة بقاءه (م ١/١٠٠٨ و٢ مدنى) .

٤ ــ **حق الارتفاق** Le droit de servitade الارتفاق «حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر» (م ١٠١٥ مدنى) . والعقار المثقل بالارتفاق أو العقار المرتفق به يسمى « العقار الخادم » ، والعقار المرتفق أى المقرر لفائدته الارتفاق يسمى « العقار المخدوم » . ومن أمثلة حقوق الارتفاق : حق المرور الذى يوجد طريقا أو ممرا للعقار المرتفق أو المخدوم عبر العقار المرتفق به أو الخادم ، وحق المطل الذى يبيح فتح مطلات على ملك الجار على أقل من المسافة القانونية المشروعة .

ولما كان حق الارتفاق مقررا لمنفعة عقار معين ، فمعنى ذلك أن المنفعة التى يحققها منفعة عينية تتعلق بالعقار لا منفعة شخصية تتعلق بمالكه . ولذلك فالاصل بقاء هذا الحق واستمراره رغم تغير ملاك العقار المرتفق. ولكن ليس معنى هذا أنه يعتبر حقا أبديا أو دائما فى جوهره (١) بل تملك الارادة تأقيته بأجل معين ، وحينئذ يكون انتهاؤه بانقضاء هذا الاجل (م ١٠٢٦ مدنى) .

وعلى خلاف حق الملكية الذى لا ينقضى مهما طالت مدة عدم استعماله ، تخضع كل الحقوق العينية المتفرعة منه للتقادم المسقط فتنقضى بمضى المدة القانونية على عدم استعمالها (م ٩٩٥ و١٠١١ و١٠٢٧ مدنى) .

---

(١) أنظر كتابنا سالف الذكر ، ج ١ ، هامش ص ١٦٤ .

٢٣٨ ـ الحقوق العينية التبعية

يقصد بهذه الحقوق تلك الحقوق العينية (١) التى توجد لتأمين أو لضمان الوفاء بحق شخصى أى بحق دائنية ضمانا خاصا ، فهى تابعة لهذا الحق المضمون ، ومن هذه التبعية جاءت تسميتهـــــا . فهذه الحقوق تأمينات أو ضمانات عينية لوفاء الديون ، اذ تخول للدائن سلطة تتبع الشيء الضامن الذى ترد عليه ولو خرج من تحت يد المدين ، وسلطة التنفيذ عليه واقتضاء حقه من قيمته النقدية بالاولوية والافضلية على غيره من الدائنين العاديين غير المزودين بمثل هذه الحقوق . ولذلك تجنب الحقوق العينية التبعية أصحابها مخاطر الضمان العام وما يجره من اقتسام الدائنين اموال المدين قسمة غرماء أى بنسبة دين كل منهم .

وتتنوع هذه الحقوق بحسب مصـــدرها أنواعا ثلاثة : حق الرهن وحق الاختصاص وحق الامتياز . والاول يتقرر بمقتضى عقد من العقود ، والثانى بأمر من القضاء ، والثالث بنص فى القانون .

(١) حق الرهن : الرهن نوعان : رهن رسمى ورهن حيازى :

١ ـ الرهن الرسمى (Le droit d'hypothèque) : ينشأ هذا الرهن عن عقد رسمى يخول الدائن ، على عقار مخصص لوفاء دينه ، سلطة التقدم على الدائنين التالين له فى المرتبة ، فى استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار فى أى يد يكون (م ١٠٣٠ مدنى) .

---

(١) انظر فى اعتبار هذه الحقوق حقوقا عينية :

شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات فى القانون المدنى الجديد ، ج ١ ، فى التـــأمينات العينية ، فقرة ٢٨ ــ كتابنا أصول القانون هامش «١» ص ٦٠٦ .

وقـــــارن مع ذلك :

Chauveau, Classification nouvelle des droits réels et personnels, Rev. crit. de législation et de jurisprudence, 1931, pp. 539 - 612. V. Nos. 40 - 50, pp 594 - 612.

شفيق شحاته ، النظرية العامة للتأمين العينى ، فقرة ١١ وما بعدها .

٢ ــ **الرهن الحيازى** (Le droit de gage) : ينشأ هذا الرهن عن عقد يخول للدائن سلطة حبس الشىء المقدم كضمان للدين الى حين استيفائه ، وسلطة التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى اقتضاء دينه من ثمن الشىء فى أى يد يكون (م ١٠٩٦ مدنى) .

واذا كان هذان الحقان يخولان للدائن المرتهن سلطة تتبع الشىء المرهون فى أى يد يكون وسلطة التقدم على غيره من الدائنين فى اقتضاء دينه ، فانهما يختلفان فى أن حق الرهن الرسمى لا ينشأ الا بمقتضى عقد رسمى يحرر أمام موظف مختص والا كان باطلا ، أما حق الرهن الحيازى فينشأ بمقتضى عقد رضائى أى بمجرد التراضى . وكذلك يختلف الحقان فى أن حق الرهن الحيازى يقع على العقار أو المنقول على السواء ، بينما لا يقع حق الرهن الرسمى فى الاصل ، الا على العقار وحده • وكذلك فانه يترتب على حق الرهن الحيازى وضع الشىء المرهون فى حيازة الدائن المرتهن أو من ينوب عنه دون خروجه من ملك المدين الراهن ، على خلاف الحال فى حق الرهن الرسمى حيث يبقى العقار المرهون فى حيازة مالكه •

(٢) حق الاختصاص (Le droit d'affectation) : لا ينشأ هذا الحق كحق الرهن بمقتضى عقد ، ولكن ينشأ بمقتضى أمر من القضاء به • وهو لا يتقرر لكل دائن ، بل يتقرر للدائن حسن النية الذى بيده حكم واجب التنفيذ ضد المدين ، ويتقرر على عقار أو أكثر من عقارات المدين (فلا يتقرر على منقولاته) ، وذلك ضمانا لاصل الدين والفوائد والمصروفات (م ١٠٨٥ ــ ١ مدنى) . ويكون للدائن الذى حصل على حق الاختصاص نفس الحقوق التى للدائن الذى حصل على رهن رسمى ، أى يكون له حق التتبع وحق التقدم أو الاولوية فى اقتضاء الدين من المقابل النقدى للشىء • ولذلك يسرى على الاختصاص فى الاصل ما يسرى على الرهن الرسمى من أحكام ، فيما عدا ما ورد بشأنه من أحكام خاصة (م ١٠٩٥ مدنى)

(٣) حق الامتياز (Le droit de privilège) : ينشأ هذا الحق

ويتقرر بنص القانون ، لا بأمر من القضاء كحق الاختصاص ، ولا بمقتضى عقد رسمى أو رضائى كحق الرهن بنوعيه . وهو يتقرر مراعاة لصفة خاصة تقوم فى الدين ، فيعتبر القانون الديون التى تتوافر فيها مثل هذه الصفة ديونا ممتازة يستوفيها الدائنون بالتقدم والاولوية على غيرهم من الدائنين (م ١١٣٠ مدنى) ، وهذا الحق اما عام يرد على جميع أموال المدين (١) من منقول وعقار ، واما خاص يرد على مال معين بالذات من أموال المدين سواء كان هذا المال عقارا أو منقولا .

ومن أمثلة حقوق الامتياز العامة الامتياز المقرر للمبالغ المستحقة عن الستة الاشهر الاخيرة كأجور ورواتب الخدم والكتبة والعمال ، وكأثمان لما تم توريده من مأكل وملبس، وكنفقةمستحقة فى ذمةالمدينلاقاربه (م١١٤١ مدنى). ومن أمثلة حقوق الامتياز الخاصة ، الامتياز المقرر لما يستحق للمؤجر بمقتضى عقد الايجار على ما يكون موجودا بالعين المؤجرة ومملوكا للمستأجر من منقول قابل للحجز ومن محصول زراعى (م ١١٤٣مدنى) ، والامتياز المقرر للمبالغ المستحقة لصاحب الفندق فى ذمة النزيل — عن أجرة الاقامة والمؤونة وما صرف لحسابه — على الامتعة التى أحضرها النزيل فى الفندق أو ملحقاته (م ١١٤٤ مدنى) ، والامتياز المقرر على الشىء المبيع لما يستحق لبائعه من الثمن وملحقاته (م ١١٤٥و١١٤٧ مدنى) .

المطلب الثانى

الحق الشخصى او حق الدائنية

Le droit personnel ou de créance

٢٣٩ — تعريف الحق الشخصى أو حق الدائنية

يعبر الحق الشخصى عن قيام « رابطة اقتضاء » ، أى عن قيام رابطة بين

---

(١) ولكن يكون من المشكوك فيه حينئذ اعطاؤها وصف الحق العينى ، أنظر : شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٢٠٤ — وكتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ص٦٠٩ .

شخصين بمقتضاها يلتزم أحدهما وهو المدين قبل الاخر وهو الدائن بأداء معين أى بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل ، وبذلك يكون للدائن حق فى اقتضاء هذا الاداء من المدين • فالحق الشخصى اذن هو سلطة تثبت لشخص معين فى اقتضاء أداء معين من شخص آخر • واصطلاح « الحق الشخصى » الشائع عن هذا النوع من الحقوق انما يقوم على أساس تضمنه علاقة أو رابطة بين الاشخاص ، وتحققه عن طريق شخص معين غير صاحبه . ولكن لعل فى التعبير عن الحق الشخصى باصطلاح « حق الدائنية » خير بيان لطبيعة هذا الحق من كونه علاقة دين أو علاقة اقتضاء بين الاشخاص اذا نظر اليها من ناحية الدائن ، فضلا عما فيه من دفع للاختلاط بين اصطلاح « الحق الشخصى » واصطلاح « حق الشخصية » المعبر عن حق لصيق بالشخصية

والحق الشخصى أو حق الدائنية ـ كما يبين من تعـريفه ـ ليس محله ــ كالحق العينى ــ شيئا من الاشياء ، وانما محله دائما عمل معين(١)من جانب مدين معين ، سواء كان هذا العمل ايجابيا أو سلبيا • ومثال العمل الايجابى التزام المقترض برد مبلغ القرض الى المقرض ، والتزام المقاول ببناء منزل ، والتزام الطبيب باجراء جراحة معينة • ومثال العمل السلبى أى الامتناع عن عمل معين : التزام بائع المحل التجارى قبل مشتريه بعدم منافسته له عن طريق فتح محل مشابه فى نفس الحى طوال مدة معلومة ، والتزام كاتب شهير ـ متعاقد مع صحيفة معينة على الكتابة فيها مدة معينة ـ بعدم الكتابة فى غيرها طوال مدة العقد •

واذا كان الاداء أو العمل على اختلاف صوره الايجابية والسلبية محلا للحق

---

(١) وذلك حتى فى صورة الالتزام باعطاء أى الالتزام بتقرير حق عينى على شىء من الاشياء• فحق مشترى العقار فى اقتضاء نقل الملكية اليه من بائعه ــ وهو حق شخصى ــ ليس محله العقار المبيع ، وانما محله عمل ايجابى هو قيام البائع بتحقيق نقل الملكية الى المشترى عن طريق المساهمة فى اجراءات التسجيل (فى هذا المعنى : محمد سامى مدكور ، ص ١٥ ــ اسماعيل غانم ، ص ٢٧) •

الشخصي ، فينبغي أن تتوافر لهذا الاداء أو العمل صفة مالية (١) ، بمعنى أن يكون فى الامكان تقديره بالنقود ، حتى ولو كانت المصلحة التى يستهدفها صاحب الحق الشخصي من وراء هذا الاداء محض مصلحة أدبيـة أو معنوية (٢) . ومالية الاداء هى التى تؤدى الى اعتبار الحق الشخصي حقا من الحقوق المالية ، والى تمييز الالتزام بصفته المالية عن مجرد الواجبات القانونية التى تفتقد الصفة المـالية . وهى التى تؤدى كذلك الى دخول الحق الشخصي ضمن العناصر الايجابية للذمة المالية للدائن ، والى دخول الالتزام ضمن العناصر السلبية للذمة المالية للمدين .

والحـق الشـخصي ليس فى واقع الامر الا أحـد وجهين لرابطـة الاقتضاء . فهذه الرابطة ، اذ تفترض وجود طرفين من الاشخاص يمنك أحدهما اقتضاء أداء مالى معين ويلزم الاخر بالخضوع لهذا الاقتضاء ، انما تضع فى يد الاول حقا وتلقى على عاتق الثانى التزاما . فالحق الشخصي والالتزام وجهان متقابلان لرابطة قانونية واحدة هى رابطة اقتضاء ، كل ما فى الامر أن الحق الشخصي هو وجهها الايجابى المتمثل فى سلطة الاقتضاء المعطاة للدائن ، والالتزام هو وجهها السلبى المتمثل فى الالتزام المحمل به المدين . ولذلك يمكن أن تسمى هذه الرابطة « رابطة اقتضاء » أو « رابطة التزام » ،

---

(١) أنظر فى هذا المعنى بوجه خاص :

عبد الحي حجازى ، النظرية العامة للالتزام ، ١٩٥٤ ، ج ١ ، ص ٢٤ وما بعدها . — اسماعيل غانم ، فى النظرية العامة للالتزام ، أحكام الالتزام ، ١٩٥٦ ، فقرة ٦ ، ص ١٠و١١، وهامش «٢» ص ١١ — ١٢ ، مصادر الالتزام ، العقد والارادة المنفردة ، ١٩٦٦ ، فقرة ٦ ، ص ١٥و١٦ . — سليمان مرقص ، أصول الالتزامات ، ج ١ ، فى مصادر الالتزام ، ١٩٦٠ ، فقرة ١٦ ، ص ١٧و١٨ . — جلال العدوى ، أصول المعاملات ، ١٩٦٧ ، ص ٤٣ .

وأنظر كذلك :

Gaudemet. Théorie générale des obligations, éd. 1965, pp. 12 - 14. — Mazeaud, op. cit., t. II, No. 10.

ولكن قارن بخاصة :

Demogue, Traité des obligations en général, t. I, No. 5, pp. 8 - 10.

(٢) فى هذا المعنى :

عبد الحى حجازى ، اسماعيل غانم ، المواضع السابقة .

ويستوى فى التعبير عنهـا اطلاق اصطلاح « الحـق الشـخصى » أو اصطلاح « الالتزام » ، فالاصطلاح الاول انما يعبر عن هذه الرابطة من ناحية الدائن أى من ناحية الطرف المقتضى ، والاصـطلاح الثانى انما يعبر عنها من ناحية المدين أى من ناحية الطرف الملتزم ٠

ومع ذلك ، فقد شاع فى التشريع وفى الفقه النظر الى هذه الرابطة أساسا من ناحية المدين لا من ناحية الدائن ، والتعبير عنها بالتالى بالالتزام لا بالحق الشخصى . ولعل مرجع ذلك الى الرغبة فى تأكيد أهمية الالتزام ، بما يعنيهمن ايراد قيد خاص على حرية المدين ، وبما يمثله من عنصر سلبى فى الذمة المالية للمدين ٠

وعلى أى حال ، فنظرية الالتزام التى يدرس تحتها الالتزام والحق الشخصى تعتبر قطب الرحى فى الدراسات القانونية جميعا ٠ ومرجع ذلك أساسا الى أن روابط الاقتضاء أو الالتزام هى أكثر روابط القانون شيوعا فى الحياة الاجتماعية ، ليس فحسب فى محيط المعاملات المدنية المحض ، وانما كذلك فى مجال باقى المعاملات الاخرى على اختلاف أنواعها ٠

المطلب الثالث

التفرقة بين الحق العينى وبين الحق الشخصى

٢٤٠ ــ التفرقة التقليدية بين الحقين

التفرقة بين الحق العينى من ناحية وبين الحق الشخصى أو حق الدائنية من ناحية أخرى تفرقة عريقة فى الفقه . وتقوم هذه التفرقة التقليدية على أساس أن الحق العينى يخول لصاحبه سلطة قانونية مباشرة على شىء من الاشياء المادية فلا يوجد فيه الا عنصران : شخص هو صاحب الحق، وشىء هو محل الحق ٠ بينما يخول الحق الشخصى أو حق الدائنية لصاحبه سلطة مطالبة شخص آخر معين بعمل أو بامتناع بناء على ما يوجد بينهما من رابطة قانونية ، بحيث يتوافر فى هذا الحق عناصر ثلاثة: طرف ايجابى هو صاحب

الحق أو الدائن ، وطرف سلبى هو المحمل قبله بالالتزام أو المدين ، ومحل هو العمل أو الامتناع الملتزم به الطرف السلبى ٠

٢٤١ — محاولة تقريب الحق العينى من الحق الشخصى

رغم أن التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى تفرقة تقليدية مستقرة فى الفقه ، الا أن ذلك لم يمنع جانبا من الفقه الحديث من جحدها ومحاولة تقريب الحق العينى من الحق الشخصى ، على أساس القول بأن الحق العينى تتوافر له نفس الرابطة القانونية القائمة بين طرفين من الاشخاص والمسلم وجودها فى الحق الشخصى ، وبذلك تجتمع فى كل من الحقين نفس العناصر الثلاثة : الطرف الايجابى والطرف السلبى والمحل ٠

ونقطة الابتداء عند أصحاب هذه المحاولة ، وعلى رأسهم الفقيه الفرنسى الكبير « بلانيـــــول » (Planiol)(١) ، أن الروابط القانونية لا يتصور قيامها الا بين أشخاص وحدهم . ولما كانت الحقوق فى منطقهم ليست الا روابط قانونية ، فمن الحتم اذن القول بأن الحق العينى ـ كالحق الشخصى سواء بسواء ـ يشتمل على رابطة قانونية بين الاشخاص خلافا للنظرة التقليدية ، أى يشتمل على طرف ايجابى من ناحية ، وطرف سلبى من ناحية ثانية ، ومحل من ناحية ثالثة ٠ كل ما فى الامر أن الطرف السلبى فى الحق العينى لا يكون معينا نفس التعيين المتوافر فى الحق الشخصى ، فهو سائر الإشخاص كافة غير الشخص المكون للطرف الايجابى ، ومضمون التزامهم يكون سلبيا محضا اذ يتركز فى الامتناع عن التعرض للطرف الايجابى فى تمتعه بالحق . وبذلك ينتهى منطق هذا النظر الى تصور الحق العينى كرابطة تقوم بين شخص معين والكافة ، بمقتضاه يلتزم الكافة بالامتناع عن التعرض لما يكفله القانون لهذا الشخص من سلطة على شىء مادى معين .

وعلى هذا النحو ، لايبقى من فرق ــ عن أهل هذا النظر ــ بين الحق العينى والحق

---

(١) Planiol, Traité élémentaire de droit civil, 11e éd., par Ripert, No. 2158 et s.

الشخصى أو حق الدائنية ، سوى أن الطرف السلبى فى الحق الشخصى شخص أو أشخاص معينون ، بينما هو فى الحق العينى غير معين لانه يشمل الناس كافة دون تحديد . وسوى أن التزام الطرف السلبى فى الحق العينى هو مجرد التزام سلبى قاصر على الامتناع عن التعرض للطرف الايجابى فى حقه ، بينما يكون فى الحق الشخصى التزاما محددا ، ايجابيا كان أم سلبيا ، أى بعمل أو بامتناع · وتلك فروق ليست بذات بال عند أنصار هذا الاتجاه فى التقريب بين النوعين من الحقوق ، اذ هى فروق لا تكشف عن اختلاف فى الطبيعة بينهما وانما هى مجرد اختلاف فى المدى والنطاق ·

٢٤٢ — الابقاء على التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى

تلك هى محاولة تقريب الحق العينى من الحق الشخصى للجمع بينهما على أساس وجود رابطة بين الاشخاص فى كليهما . وظاهر أن هـذه المحاولة صناعية ابتكرها أهل هذا النظر للتوفيق بين ماهو واقع فى العمل من وجود صلة مباشرة بين صاحب الحق العينى وبين الشىء محل حقه دون حاجة لوجود أو تدخل شخص آخر ، وبين المقدمة التى يبدأون منها ويبنون عليها وهى ان الحقوق انما تعبر عن روابط قانونية والروابط القانونية لا تتصور الا بين الاشخاص ·

وقد سبق عند التعرض لتعريف الحق أن أظهرنا مافى اطلاق القول بحصر الروابط القانونية بين الاشخاص وحدهم من تجوز (١) . فليس يصدق مثل هذا القول — فيما نرى — الا فى شأن نوع معين من الروابط القانونية هو « روابط الاقتضاء » ، أى الروابط التى تخول لشخص معين اقتضاء أداء معين من شخص آخر يلزم بالخضوع لهذا الاقتضاء ، اذ هذا النوع من الروابط وحده هو الذى يفترض وجود التزام معين واقع على عاتق طرف آخر يكون له اقتضاء

---

(١) انظر سابقا ص ٤١٨ و ٤١٩ ·

وانظر فى هذا المعنى :

Mazeaud, t. I, No. 166. — Beudant et Voirin, t. IV, No. 56.

الوفاء به ، والالتزام لا يتصور محملا به الا الاشخاص وحدهم . أما النوع الاخر من الروابط القانونية أى « روابط التسلط » ، فلايتصور منطقا قيامه بين شخص وشخص وانما بين شخص وشيء ، لان التسلط لا يتصور واقعا على الاشخاص بل على الاشياء وحدها .

والتشبث بالنظر الى الروابط القانونية نظرة واحدة على اساس أنها جميعا روابط أشخاص ، هو الذى أوقع بعض الفقهاء فى الحرج ازاء الحق العينى الذى لايظهر فيه الا صاحب ومحل دون حاجة لوجود شخص آخر كطرف سلبى ، فلم يجدوا مخرجا من هذا الحرج الا التحايل على الواقع باصطناع طرف سلبى وهمى فى هذا الحق — وهو الناس كافة — يقع عليه التزام سلبى بعدم التعرض لصاحب الحق العينى فى تمتعه بحقه .

ووجه التحايل والاصطناع فى هذا القول ظاهر واضح . فمثل هذا الالتزام السلبى العام المقول بوجوده فى الحق العينى على عاتق الناس كافة بعدم تعرضهم لصاحب الحق فى تمتعه بحقه ، ليس مقصورا على الحق العينى وحده بل هو قائم بالنسبة لكافة الحقوق بما فيها الحق الشخصى أو حق الدائنية (١) . فذلك أثر حتمى لوجود الحق ولاستناده الى القانون ، فهو فى الحقيقة مظهر حماية القانون للحق . والبصر بذلك يكشف عن أن مثل هذا الالتزام السلبى العام لا يدخل فى عناصر تكوين الحق بل هو تال لوجوده كوسيلة لحمايته ، فنشوء مثل هذا الالتزام اذن انما يفترض أولا نشوء الحق . فكيف يتأتى بعد ذلك النظر الى هذا الالتزام باعتباره عنصرا من العناصر المكونة للحق العينى ، ومقارنته بالالتزام الخاص الواقع على المدين فى الحق

---

(١) فالناس كافة ملزمون بعدم التعرض لصاحب الحق الشخصى فيما يكفله له القانون من قدرة اقتضاء أداء معين من شخص معين . فصاحب المصنع الذى يحرض عاملا يشتغل عند غيره على الاخلال بالتزامه التعاقدى قبل هذا الغير بترك العمل قبل انتهاء مدة العقد ليعمل عنده ، يخل بالالتزام السلبى العام المفروض على الكافة باحترام الحقوق أيا كان نوعها ، فيلزمه التعويض عما أحدثه فعله من ضرر للغير .

الشخصى أو حق الدائنية وهو الذى يعتبر عنصرا جوهريا من عناصر تكوينه بحيث لا تصور قيام هذا الحق بدونه ؟ (١) .

ولذلك فالالتزام الخاص وحده — دون الالتزام السلبى العام — هو الذى يصدق عليه اصطلاح « الالتزام » بالمعنى الفنى الدقيق . فالالتزام الخاص عنصر من عناصر الذمة المـــالية لانه عنصر من عناصر حق مالى هو الحق الشخصى ، أما الالتزام السلبى العام ، فلا يدخل ضمن عناصر الذمة المالية ، لانه واجب مجرد من القيمة المالية · والالتزام الخاص — على خلاف الواجب السلبى العام المتوجه الى الكافة — يفترض قيدا خاصا يرد على حرية شخص أو أشخاص معينين ولا يرد على حرية الاخرين · وكذلك ففى الالتزام الخاص يكون شخص المدين محددامعينا وقت نشأة الالتزام، بينما يكون شخص المدين فى هذا الواجب السلبى العام غير محدد أو معين وقت نشأته اذ يترك مجهلا ومعلقا على رؤوس الكافة (٢) . وكذلك فان مضمون الالتزام الخاص يحدد مضمون الحق المقابل له · أما مضمون الواجب السلبى العام ، فلا يحدد مضمونا لاى حق ، لانه طالمـــا لم يحصل اخلال بهذا الواجب فلا يقابله بعـــد أى حق من الحقوق · فالواجب السلبى العام الذى يمنع التعرض للمالك فى ملكه مثلا ، لا يحدد بحال من الاحوال مضمون حق الملكية — من استعمال واســتغلال وتصرف — الذى يقال أنه يقابله ، بينما يحدد الالتزام الخاص الواقع على المقترض برد مبلغ القرض فى الاجل المضروب مضمون حق المقترض فى اقتضاء هذا الرد ، اذ الحق هنا ليس الا الالتزام نفسه ولكن منظورا اليه من ناحية الدائن ·

---

(١) فى هذا المعنى :

Beudant et Voirin, t. IV, No. 56. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 166. — Notre thèse précitée, p. 105, Note (1).

(٢) واذا تعين هذا المدين بالاعتداء على حق من الحقوق كالحق العينى اخلالا بالواجب السلبى العام ، فان هذا الاعتداء ينشىء حينئذ حقا جديدا مستقلا عن الحق العينى المعتدى عليه ، هو حق دائنيه لصاحب الحق المعتدى عليه قبل المعتدى .

لذلك كله ، يكون من العبث محاولة رد الحق العينى الى نوع من الحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية على أساس وحدة وجود التزام فى كل منهما ، ما دام الالتزام لا يأخذ نفس المعنى والمدلول فى الحالين • فضلا عن أن الواجب السلبى العام الواقع على الكافة اذا كان موجودا فى الحق العينى وفى الحق الشخصى على السواء كغيرهما من الحقوق ، فيبقى أن الحق الشخصى ينفرد وجده بالاضافة الى ذلك بوجود التزام فيه بالمعنى الفنى الدقيق أى التزام شخص معين بأداء معين •

ولذلك لم يكتب الرواج فى الفقه الحديث لمحاولة تقريب الحق العينى من الحق الشخصى ، فظلت التفرقة التقليدية قائمة ثابتة بين الحقين .

والواقع أن هذه التفرقة التلقيدية واجبة محتومة بين النوعين من الحقوق، اذ هما مختلفان اختلافا ظاهرا فى المحل : فمحل الحق العينى شىء من الاشياء المادية ، ومحل الحق الشخصى أداء معين أ ىعمل أو أمتناع • وهذا الاختلاف فى المحل ، هو الذ ىيفسر اختلاف طبيعة الرابطة القانونية التى يعبر عنها كلا النوعين من الحقوق . فما دام المحل فى الحق العينى شيئا من الاشياء ، فالرابطة المتصور وجودها لا يمكن أن تكون الا رابطة تسلط مباشر من شخص على هذا الشىء دون حاجة الى وساطة شخص آخر ، بحيث لا يوجد فى هذا الحق الا طرف ايجابى ومحل دون وجود لطر فسلبى • وما دام المحل فى الحق الشخصى عملا من الاعمال، فالرابطة المتصور وجودها لايمكن الا أن تكون رابطة اقتضاء لهذا العمل من شخص معين ، بحيث يحتاج الامر دائما فى هذا النوع من الحق الى وساطة هذا الشخص لاداء ذلك العمل ، أى الى وجود طرف سلبى فضلا عن وجود الطرف الايجابى والمحل .

٢٤٣ — آثار التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى (١)

أما وقد انتهينا الى ضرورة التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى أو

---

(١) راجع فى ذلك كتابنا فى حق الملكية سالف الذكر ، فقرة ١٥ ، ص ٤١ — ٥٢ .

حق الدائنية على أساس اختلاف المحل بينهما وما يجره من اختلاف طبيعة الرابطة القانونية التي يعبر عنها كل منهما ، فلا يبقى الاعرض مايترتب على هذه التفرقة من آثار متعددة نتيجة هذا الاختلاف .

(١) الحق العينى حق مطلق (droit absolu) والحق الشخصى أو حق الدائنية حق نسبى (droit relatif) ومعنى ذلك أن الحق العينى يحتج به وينتج أثره فى مواجهة الكافة ، بينما لا ينتج الحق الشخصى أثره ولا يحتج به الا فى مواجهة شخص أو أشخاص معينين . ومرد ذلك الى أن الحق العينى انما يكون رابطة تسلط، فيخول بذلك لشخص معين سلطة قانونية على شيء من الاشياء أى يجعل له هذه السلطة مباشرة على الشيء دون حاجة الى وساطة أى شخص آخر ، فهى اذن سلطة مطلقة سارية ونافذة فى حق الكافة ما دامت لا تتوقف على عمل أو تدخل من جانب أحد منهم ، بل تتوقف على مجرد وجود الشيء وحده اذ تقع عليه مباشرة . بينما يكون الحق الشخصى رابطة اقتضاء فيخول لشخص معين قدرة اقتضاء أداء معين من شخص آخر ، وهو ما يجعل تحقيق هذا الاقتضاء رهنا بتدخل شخص معين — فهو اذن اقتضاء قاصر أو نسبى — مما يسبغ على الحق الشخصى صفة نسبية بحيث لاينتج أثره أو يحتج به الا فى مواجهة شخص أو أشخاص معينين (١) .

(٢) يخول الحق العينى دون الحق الشخصى ميزة أو حق التتبع (droit de suite) : قلنا أن الحق العينى انما يعطى لصاحبه سلطة قانونية مباشرة على شيء من الاشياء دون وساطة شخص آخر ، وهو بذلك يخلق رابطة مباشرة بينه وبين الشيء تعبر عن تسلطه على هذا الشيء وخضوع الشيء لهذا التسلط ، بحيث يظل هذا الخضوع قائما فى أى يد يوجد هذا الشيء فيكون لصاحب الحق العينى تتبعه اينما كان . فمضمون هذا الحق هو التسلط على شيء من الاشياء ، وتحقيق هذا التسلط رهين بوجود هذا الشيء دون اعتبار لمكان وجوده أو شخص من يحوزه ، اذ هو

---

(١) أنظر فى اختلاف هذا المعنى للاطلاق والنسبية من حيث تحقق مضمون الحق وممارسة سلطاته عن معنى آخر للاطلاق من حيث مدى احترام الحق تشترك فيه الحقوق جميعا : كتابنا سالف الذكر فى حق الملكية ، فقرة ١٥ ، ص ٤١ و ٤٢ .

مستقل فى وجوده عن أية رابطة بين الاشخاص ، فلا يتأثر بتغيرهم ، فأينما يكون هذا الشيء يدركه صاحب الحق العينى بما له من تسلط مباشر عليه(١).

أما الحق الشخصى أو حق الدائنية ، فلا يخول لصاحبه مثل هذا الحق فى التتبع لانه ليس بالحق الوارد على شيء — كالحق العينى — حتى يلازم الشيء ويتتبعه فى أى يد يكون ، ولكنه وارد على عمل شخص معين هو المدين ولا يتصور التتبع فى شأن عمل من الاعمال . بل ولا يتصور التتبع كذلك حتى ولو كان موضوع العمل الملتزم به المدين شيئا من الاشياء ، اذ يظل محل حق الدائن رغم ذلك هو العمل لا الشيء ، فيكون الشيء بمنأى عن اى سلطان مباشر للدائن . ولذلك ، لا يكون لمشترى عقار لم يسجل عقد البيع أن يتتبع هذا العقار تحت يد مشتر جديد له قام باجراءات التسجيل ، اذ ليس له قبل التسجيل الا مجرد حق شخصى قبل البائع يتلخص فى قدرة اقتضائه نقل ملكية العقار المبيع اليه ، دون أن تكون له فضلا عن ذلك أية سلطة قانونية مباشرة على هذا المبيع تخول له حق تتبعه فى أ ى يد وجد .

يخلص من ذلك أن الحق العينى هو الذى ينفرد دون الحق الشخصى بميزة تتبع الشيء فى أى يد وجد (٢) . وهذه الميزة ليست قاصرة على نوع معين من الحقوق العينية دون نوع آخر ، فهى ميزة تقتضيها طبيعة الحق العينى ذاته ، بحيث نجدها ملازمة للحقوق العينية جميعا الاصلية والتبعية منها على السواء (٣) . ولذلك يكون للمالك تتبع الشيء المملوك اذا خرج من تحت يده ،

---

(١) فى هذا المعنى :
Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 73.

(٢) أنظر عكس ذلك :
Chauveau, article précité, No. 10.

(٣) فى هذا المعنى :
Derruppé, thèse précitée, Nos. 181 - 184. — Beudant et Voirin, t. IV, Nos. 73, 74. — Planiol, Ripert et Picard, t. III, No. 45.

اسماعيل غانم ، ص ٣١و٣٢ . — محمد على عرفة ، شرح القانون المدنى الجديد فى حق الملكية ، ج ١ ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٤ ، فقرة ٤ ، ص ٧ و ٨ .

ولكن أنظر عكس ذلك :
Bonnecase, op. cit., t. V, No. 105.

شفيق شحاته ، محاضرات فى النظرية العامة للحق ، فقرة ١٥ .

واسترداده من أى شخص يكون حائزا له . وكذلك يكون للدائن المرتهن رهنا رسميا تتبع العقار المرهون اذا خرج من ملك مدينه ومباشرة حقه عليه بين يدى المالك الجديد أو الحائز .

(٣) يخول الحق العينى دون الحق الشخصى ميزة أو حق الافضلية (droit de préférence) : قلنا ان الحق العينى ينشىء رابطة قانونية مباشرة بين الشخص صاحب الحق والشىء محل الحق ، بحيث يستأثر صاحب الحق العينى وحده ـ بمقتضى هذه الرابطة ـ بسلطاته على الشىء كاملة لايزاحمه فيها أحد . وما يخوله الحق العينى لصاحبه من استبعاد كل مزاحم له فى ممارسة سلطاته على هذا النحو هو الذى يعبر عنه بميزة أو حق الافضلية. وتلك ميزة ضخمة تؤكد الرابطة المباشرة بين صاحب الحق العينى ومحله ، وتبقى هذا المحل كله دون انتقاص خاضعا لسلطان صاحب الحق وحده دون منازع .

أما الحق الشخصى أو حق الدائنية ، فباعتباره لا ينصب على شىء معين من أشياء المدين يخضعه مباشرة لسلطة الدائن بل يرد على مجرد عمل ايجابى أو سلبى يلتزم بأدائه المدين ، يكون الوفاء به مضمونا بالجانب الايجابى من ذمة المدين كما سيرد البيان . وذلك قد يضمر مخاطر جسيمة يتعرض لها الدائنون اذا لم تكف أموال المدين لوفاء كل ديونهم ، اذ لا مناص حينئذ ـ وهم مشتركون متساوون بطبيعة حقوقهم فى هذا الضمان العام ـ من اقتسام أموال المدين فيما بينهم قسمة غرماء أى بنسبة ديونهم . فالحقوق الشخصية اذن تعرض أصحابها لخطر التزاحم فيما بينهم والخروج بوفاء منقوص .

ولهذا فان الحقوق العينية لا تتزاحم مع الحقوق الشخصية (١) ، اذ أن حق الافضلية الذى تتميز به يجنبها مثل التزاحم . من أجل ذلك تولدت فكرة تأمين الوفاء بالحقوق الشخصية عن طريق أردافها بحقوق عينية تبعية تنشىء

---

(١) ولا تتزاحم الحقوق العينية فيما بينها ، لانها اذا اجتمعت على نفس الشىء وكانت من نفس النوع ، فثم أوجه للتفاضل بينها كالاسبقية فى مرتبة القيد أو الشهر أو الحيازة فى المنقول .

للدائنين من أصحابها سلطات مباشرة على أشياء معينة مملوكة للمدين ، بحيث تعتبر هذه الاشياء ضمانا يستوفون من قيمتها ديونهم بالاولوية والافضلية على سائر الدائنين العاديين . فالدائن الذى يرتهن عقارا لمدينه ضمانا لدينـــه ، يكون مقدما فى اقتضاء هذا الدين من قيمة العقار المرهون على كل دائن عادى غير مزود بحق عينى تبعى .

ولئن كانت ميزة الافضلية تبدو أوضح ما تكون فى صدد الحقوق العينيـــة التبعية مما حدا بنفر من الفقهاء الى قصر هذه الميزة على هـــــذا النوع من الحقوق العينية وحده (١)، الا أن النظرة الصحيحة الى حقيقة هذه الميزة وارتباطها بطبيعة الحق العينى ذاته تجعلنا نذهب مذهب الكثير من الفقهاء (٢) فى تصور هذه الميزة ملازمة للحقوق العينية التبعية والاصلية على السواء .

(٤) قصور ارادة الافراد عن ابتداع حقوق عينية غير تلك التى يعينهـا القانون ، وقدرتها على ذلك فى الحقوق الشخصية : هذه النتيجة التى جرى جمهور الفقهاء فى القديم والحديث على اعتبارها بعض آثار التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى ، قد ناهضها مع ذلك بعض الفقهاء بدعوى أن مبدأ سلطان الارادة يقضى بعدم قصر نطاقه على الحقوق الشخصية دون الحقوق العينية ، اذ ما دامت الارادة ملتزمة حدود النظام العام والاداب فهى قادرة على ابتداع ماتشاء من حقوق عينية وحقوق شخصية على السواء .

ولكن هذا الرأى (٣) يغفل أن الحقوق العينية ذاتها متعلقة بالنظام العام ، بحيث لا يتصور أن يوجد مجال لسلطان ارادة الافراد ازاءها .

---

(١) Bonnecase, Ibid. — Planiol, Ripert et Picard, t. III, No. 45
شفيق شحاته ، فقرة ١٥ ، ص ٢٧ .

(٢) Derruppé, thèse précitée, Nos. 202 - 204. — Beudant et Voirin op. cit., No. 79.

اسماعيل غانم ، هامش «٢» ، ص ٣٣ . — محمد على عرفه ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٤ ، ص ٨ و ٩ .

(٣) انظــر فى انتقاد هذا الرأى : كتابنا ســالف الذكر فى أحــكام حق الملكية ، ج ١ ص ٤٨ — ٥٠ .

فمن ناحية ، تعتبر الملكية — وهى أساس الحقوق العينية الاصلية — من الدعامات الرئيسية التى يقوم عليها بناء المجتمع الاقتصادى ، فتكون من هذا الوجه متعلقة بالنظام العام . أما بقية الحقوق العينية الاصلية ، فلا تعدو أن تكون قيودا واردة على حق الملكية باعتبارها تجزئة واقتطاعا مما يخوله هذا الحق للمالك من سلطات واسعة فى الاستعمال والاستغلا لوالتصرف ، ومن هنا ، يكون الشأن فى تقرير مثل هذه القيود من اختصاص المشرع وحده لمساسها مساسا خطيرا بحق الملكية وهو من النظام العام كما سبق البيان . فلا يكون لارادة الافراد سلطان فى التخلص من بعض هذه القيود أو اضافة قيود أخرى اليها تحت ستار انشاء حقوق عينية أصلية جديدة ، والا تعرض للكيان الاقتصادى للمجتمع للانهيار (١) .

ومن ناحية أخرى ، فان الحقوق العينية التبعية — وهى تمثل فكرة الائتمان والضمان فى المعاملات — تعتبر فى الصميم كذلك من النظام العام لاتصالها الوثيق بنظام المجتمع الاقتصادى. ولذلك يكون من الطبيعى أن ينفرد المشرع دون الافراد بتقرير هذه الحقوق وتنظيمها التنظيم المتفق مع صالح المجتمع الاقتصادى (٢) .

(٥) ينبغى أن يكون الشىء فى الحق العينى — دون الحق الشخصى — حالا ومعينا بالذات : ما دام الحق العينى يتضمن رابطة بين شخص وشىء تخول للشخص تسلطا قانونيا مباشرا على الشىء ، فلا يتصور اذن وجود الحق العينى الا بوجود محله وجودا حالا لا مستقبلا ، فبدون وجود الشىء وجودا محققا لا يتصور قيام الحق العينى . ولا يكفى لقيام الحق العينى وجود الشىء وجودا محققا ، بل ينبغى فضلا عن ذلك أن يكون هذا الشىء معينا بالذات ،

---

(١) فى هذا المعنى :
Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 70.
اسماعيل غانم ، ص ٤٦ و ٤٧ — شفيق شحاته ، فقرة ١٦ .

(٢) فى هذا المعنى :
اسماعيل غانم ، ص ٤٧ .

اذ لابد أن يتحدد المحل الذى يقع عليه التسلط مباشرة تحديدا يعينه ويعزله عن غيره ، وهذا ما يتطلبه القانون المصرى صراحة (١) .

أما الحق الشخصى ، فلكون محله عملا من الاعمال لا شيئا من الاشياءلانه يتضمن رابطة اقتضاء لا رابطة تسلط ، فان من المتصور وجود هذا الحق حتى ولو كان محله ــ وهو العمل ــ متعلقا بشىء من الاشياء المستقبلة أو من الاشياء المعينة بالنوع لا بالذات . ولذلك يقضى القانون المصرى بأنه يجوز ــ كقاعدة عامة ــ أن يكون موضوع المحل شيئا مستقبلا (م ١٣١ ــ ١ مدنى) ٠

ولكن ثم استثناءات ترد على هذه القاعدة ٠ منها ما هو خاص بالتعامل فى التركة المستقبلة اى فى تركه انسان على قيد الحياة من قبل الوارث المستقبل فهو تعامل باطل ولو كان برضـــاء الشخص المتعامل فى تركته أى المورث المستقبل (م ٢/١٣١ مدنى) . ومنها ما هو خاص بحظر هبـــة الامـــوال المستقبلة (م ٤٩٢ مدنى) ٠

---

(١) اذ ينص على أن « الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » (م ٢٠٤ مدنى) ، وعلى أنه « اذا ورد الالتزام بنقل حق عينى على شىء لم يعين الا بنوعه فلا ينتقل الحق الا بافراز هذا الشىء » (م ٢٠٥ / ١ مدنى) .

المبحث الثالث

الحقوق الذهنية (١)

Les droits intellectuels

٢٤٤ ــ ظهور طائفة الحقوق الذهنية، وتصدى التشريعات الحديثةلتنظيم احكامها

كان الفقه التقليد يجاريا على حصر الحقوق فى الانواع المتقدمة · غير أن التطور لم يلبث أن أظهر حقوقا ترد على نتاج الفكر والذهن لا تقل أهمية عن الحقوق التقليدية ، فاحتار الفقه فى تكيفيها وفى موضعها بين الحقوق وفقــا لمقاييسه التقليدية حيرة بانت فى الاختلاف حتى على تسميتها ، فعرفت تارة باسم « الملكة الادبية أو الفنية أو الصناعية » ، وعرفت حينا باسم « الحقوق المعنوية أو الادبية » ، وعرفت أخيرا باسم « الحقوق الذهنية »

ويبدو أن التسمية الاخيرة هى التى كتب لها الشيوع والرواج فى الفقه الحديث ، باعتبارها أقدر من غيرها على تجلية طبيعة هذه الحقوق التى نرد على خلق ذهنى . فالمقصود بالحقوق الذهنية ذلك النوع من الحقوق الذى يرد على أشياء معنوية غير محسوسة من خلق الذهن ونتاج الفكر ، فيثبت لصاحب الحق الذهنى أو الفكرى أبوة هذا الخلق ونسبته اليه وحده ، ويعطيه احتكار استغلاله استغلالا ماليا يكفل له الحصول على ثمراته . ومن أظهر أمثلة

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Olangier, Le droit d'auteur, 2 vol., 1934. — Desbois, Le droit d'auteur, 1950. — Roubier, Le droit de la personnalité industrielle, t. I, 1952. . Desbois, op. cit., No. 262.

محمد على عرفة ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرات ٣٧١ ــ ٣٩٧ · ــ كتابنا أصول القانون ، فقرات ٢٥٣ ــ ٢٥٩ ، ص ٦٣١ ــ ٦٦٤ · ــ عبد الرازق السنهورى ، الوسيط ، ج ٨ ، ١٩٦٨ ، فقرات ١٦٤ ــ ٢٩٠ ، ص ٢٧٤ ــ ٤٧٦ ·

الحقوق الذهنية حق المؤلف بالمعنى الواسع ، أى حق الكاتب وحق المخترع وحق الملحن وحق الفنان — رساما كان أو مصورا أو مثالا — فى أبوة واستغلال ما ابتكروه من أفكار أو اكتشافات أو الحان أو لوحا تأو صور أو تماثيل · ولكن يعتبر كذلك من الحقوق الذهنية فى معناها الواسع ، الحقوق الواردة على مقومات « المحل التجار ى» المعنوية من اسم تجارى وعلامة تجارية وسمعة وثقة عملاء والتى أصبح الاصطلاح جاريا على تسميتها باسم « الحقوق المتعلقة بالعملاء droits de clientèle

وقد عنيت القوانين الداخلية لاغلب الدول الحديثة بتنظيم هذه الحقوق بمعناها الواسع . بل ان الضرورة لم تلبث أن دعت الى عقد اتفاقات دولية متعددة بقصد توحيد القواعد بشأنها وتنظيم حماية متبادلة من جانب كل دولة موقعة على هذه الاتفاقات · فأبرمت فى ٩ سبتمبر سنة ١٨٨٦ اتفاقية برن الخاصة بتنظيم حماية حقوق المؤلفين · وقد تناولها التعديل عدة مرا تفى مؤتمرات عقدت خصيصا لذلك ، كان آخرها مؤتمر بروكسل المنعقد سنة ١٩٤٨ . وكذلك أبرمت فى ٢٠ مارس سنة ١٨٨٣ اتفاقية باريس الخاصة بحماية الملكية الصناعية من علامات تجارية وبراءات اختراع ورسوم ونماذج صناعية ، وتناولها التعديل كذلك أكثر من مرة ·

أما **فى القانون المصرى** ، فقد تأخر التدخل التشريعى (١) لتنظيم مختلف هذه الحقوق وكفالة حماية فعالة لها . اذ كانت بداية هذا التدخل صدور القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩لحماية الحقوق المتعلقة بالعلاماتوالبيانات التجارية · ثم تلاه القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها الذى يتضمن نصوصا خاصة بمقومات المحل التجارى المعنوية ، والقانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ الخاص ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية ، والقانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٠ بانضمام مصر الى اتفاقية باريس الخاصة

---

(١) ولكن القضاء المصرى لم ينكل حينئذ عن اصطناع الحماية القانونية الواجبة فى هذا الشأن، مستهديا فى ذلك بمبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة (انظر كتابنا سالف الذكر ، متن وهامش «٢» ص ٥٣٠) . ولكنها كانت حماية قاصرة محدودة أمام انعدام النص .

بحماية الملكية الصناعية . ثم صدر أخـــيرا القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ بشأن حماية حق المؤلف .

ويعنينا فى شأن تبين معيار طبيعة الحقوق الواردة على أشياء غير مادية ومكانها بين الحقوق ، أن نقتصر منها على الحقوق الذهنية بالمعنى الدقيق وهى حقوق المؤلف ٠ ذلك أن غيرها من الحقوق المتعلقة بالعملاء والخاصة ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات والبيانات التجــارية ومقومات المحـــل التجارى المعنوية ، لها ما يميزها من صفتها التجـــارية والاقتصادية من ناحية ، وأن حقوق المؤلف ، من ناحية ثانية ، هى التى تتبدى فيما يتعلق أساسا بالناحية المعنوية (١) والتى تختلف اختلافا بينا ـــ كمـــا سنرى ـــ عن طبيعة الحقوق العينية .

٢٤٥ ـ معيار الحقوق الذهنية

اذا كان القانون يشمل الحقوق الذهنية بحمايته ، فيجب الوقوف على معيار هذه الحقوق لتحديد أصحابها المستفيدين من هذه الحماية وهم من يتوافر فيهم وصف «المؤلف» . والواقع أن المقصود بالمؤلف معنى أوسع بكثير من مجرد المعنى الضيق له المنحصر فى كل شخص يعبر عن آرائه ويبسطها فى كتاب ، فهو يعنى كل شخص ينتج انتاجا ذهنيا أو خلقا فكريا أيا كان نوعه وطريقة التعبير عنه ما دام هذا الانتاج أو الخلق ينطوى على قدر معين من الابتكار ٠ ولذلك فعنصر الابتكار هو المعيار الاساسى للحقوق الذهنية أو حقوق المؤلف . وهذا ما عناه المشرع المصرى فى قانون « حماية حق المؤلف » بنصه على أنه « يتمتع بحماية هذا القانون مؤلفو المصنفات المبتكرة (م ١/١) .

وليس المقصود بالابتكار هو اختراع أفكار وآراء غير معروفة مـن

---

(١) انظر خاصة ، فيما يميز حقوق المؤلف عن الحقوق المتعلقة بالعملاء من خصائص ذاتية :
Desbois, op. cit., No. 262.

قبل ـ فالافكار والاراء كثيرا ماتكون مطروقة معروفة ومتداولة بين الناس على اختلاف الزمان والمكان ـ وانما المقصود بالابتكار أن يتميز الانتاج الفكرى أو الخلق الذهنى بطابع معين يبرز شخصية معينة لصاحبه (١) ، سواء فى جوهر الفكرة المعروضة ، أو فى مجرد طريقة العرض أو التعبير أو الترتيب او التبويب أو الاسلوب .

وعلى ذلك ينبغى اعتبار المترجم الذى يقوم بترجمة مصنف من المصنفات من لغته الاصلية الى لغة أخرى مؤلفا بالمعنى المقصود بالحماية القانونية (٢) ما دامت ترجمته لهذا المصنف تبرز شخصيته الخاصة فى تخير اللفظ وتماسك الاسلوب والتصرف فى التعبير بما يوافق المعنى الاصلى اذا كان من شان الترجمة الحرفية للالفاظ تشويه هذا المعنى أو تحريفه . ومن باب أولى ينبغى أن تشمل الحماية من يبذل ــ فى سبيل نقل مصنف الى لغة أخرى ــ جهدا أكبر من مجرد الترجمة سواء كان ذلك بتلخيصه أو التصرف فى عرضه أو التعليق على مضمونه ، اذ فى ذلك كله ابتكار معين يستحق حماية القـــانون . وقد أحسن المشرع المصرى برفع كل شك قد يثور فى شان المصنفات المترجمة وما يشابهها ، فنص على شمولها بالحماية الواجبة (م ١/٣) من قانون حماية حق المؤلف) .

وينبغى كذلك بسط الحماية القانونية على ما يقوم به بعض الافراد من تجميع معين لمختارات من الشـــعر أو النثر أو الموسيقى ، أو من تجميع للاحكام القضائية أو القوانين أو اللوائح المعمول بها ، اذا كان هذا التجميع لا يقتصر جهد الجامع فيه على مجرد عمل مادى آلى بل يتميز بما يكشف عن ابتكاره أو جهده الشخصى ، فيتميز بذوق معين فى اختيار مجموعات الاداب أو الفنون أو بترتيب معين لعرض الاحكام أو القوانين أو اللوائح أو بتمهيد لها او تعليق أو

---

(١) راجع فى ذلك خاصة :
Desbois, op. cit., Nos. 5 et s.

(٢) أنظر فى ذلك :
Desbois, op. cit., Nos. 32 - 34.

تعقيب عليها (م ٤ — فقرة اخيرة) (١) .

ومتى توافر عنصر الابتكار فى الانتاج أو الخلق الذهنى على هذا النحو ، اعتبر صاحبه مؤلفا يتمتع بحماية القانون ، عن طريق الاعتراف له — على انتاجه أو خلقه — بحق معنوى وحق مالى على السواء(٢) ، وذلك ايا كان نوع هذا الانتاج أو الخلق الذهنى ، وأيا كانت قيمته من الناحية الادبية او العلمية أو الفنية (٣) ، وأيا كانت طريقة التعبير عنه بالكتابة أو الالقاء او الصوت أو الرسم أو التصوير أو الحركة (م ١ — ١ و ٢) .

٢٤٦ — أصحاب الحقوق الذهنية

اذا كان معيار الحق الذهنى هو الابتكار كما رأينا ، وكان صاحبه أو المؤلف بالتالى هو المبتكر ، فواضح أن تحديد المؤلف صاحب هذا الحق يكون يسيرا اذا كان فردا واحدا . ويستخلص المشرع من نشر المصنف منسوبا الى شخص معين — سواء بذكر اسمه على المصنف أو بأى طريقة أخرى — قرينة قانونية على اعتباره هو المؤلف صاحب الحق الذهنى عليه ، وان كانت هذه القرينة غير قاطعة يجوز اقامة الدليل على عكسها (م ٢/١) . فاذا اقيم مثل هذا الدليل وتعين المؤلف الحقيقى المستتر ، ثبت له وحده دون المؤلف الظاهر المسمى صفة المؤلف وسلطات الحق الذهنى .

ولكن تحديد صفة المؤلف وتعيين من له مباشرة سلطات الحق الذهنى ، يحتاج الى بعض الدقة فى صورتى المصنف المشترك والمصنف الجماعى .

(١) **المصنف المشترك (٤)** : هو الذى يتعاون على اخراجه ويشترك فى

---

(١) وانظر كذلك فى نفس المعنى :
Desbois, op. cit., No. 56.

(٢) يعزز المشرع هذه الحماية المدنية بفرض جزاءات جنائية على الاعتداء على حقوق المؤلف (م ٤٧ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤) .

(٣) راجع فى تفصيل ذلك :
Desbois, op. cit., Nos 50, 52, 53.

(٤) راجع فى ذلك بخاصة :
Desbois, op. cit., Nos. 170 et s.

محمد على عرفة ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٣٩١ . — عبد الرزاق السنهورى ، ج ٨ ، فقرات ١٩٥ — ٢٠٣ ، ص ٣٣٤ — ٣٥٦ .

ابتكاره أكثر من شخص واحد • وهنا يكون من الطبيعى اسناد الحق الذهنى الى كل المشتركين • ولكن من الواضح أن اشتراكهم فى ابتكار معين لا بد أن يلقى على عاتقهم التزامات متبادلة تقيد من قدره مباشرة كل منهم على حدة ُسلطات هذا الحق •

١ ـ فاذا كان اشتراكهم اشتراكا مختلطا لا يتميز فيه نصيب كل منهم فى العمل المشترك ولا يمكن فصله عن نصيب الاخرين ، أعتبروا جميعا أصحاب الحق الذهنى على المصنف المشترك ، واعتبر اشتراكهم فيه هى الاصل بالتساوى ، بحيث يجب توافر اجماعهم لمباشرة سلطات الحق الذهنى والا تولى القضاء الفصل فيما يقع بينهم من خلاف (م ٢٥) . وواضح ان اعتبار المشتركين جميعا أصحاب الحق الذهنى بالتساوى ، مرجعه تعذر تحديدنصيب كل منهم ـ عند عدم الاتفاق ـ لاستحالة فصله وتمييزه ، وهو ما يوجب كذلك عدم تغليب بعضهم على البعض فى مباشرة سلطات هذا الحق ورهن هذه المباشرة باتفاقهم الاجماعى .

٢ ـ أما اذا كان اشتراك كل منهم يندرج تحت نوع مختلف من الفن أو العلم مما يتيح تمييز نصيب كل منهم وفصله عن نصيب الاخرين ، فواضح أنه يجب الاعتراف لكل منهم على حدة بحقه الذهنى على نصيبه المتميز ، بحيث يكون له فى الاصل ـ الا اذا وجد اتفاق مخالف ـ الحق فى الانفراد باستغلال الجزء الذى ساهم به على حدة . ولكن مباشرة حقه على هـذا الجزء باستغلاله خاصة، لابد وأن تتقيد باحترامالمصنفالمشترك والغاية المشتركة من ابتكاره واخراجه على هذا النحو الذىتتآزر فيه جهود المؤلفينالمشتركين،ولذلكيجب أن لا يكون من شان استغلال هذا الجزء منفصلا الاضرار باستغلال المصنف الاصلى المشترك (م ٢٦) .

والاصل أن ثبوت الحق الذهنى لكل من المؤلفين المشتركين على الجزء المتميز الذى ساهم به فى المصنف لا يعطيه حقا استئثاريا على المصنف المشترك فى مجموعة ، بل يثبت الحق الذهنى على مجموع هذا المصنف لجميع

الشركاء دون تمييز أو تفضيل مما يتطلب اتفاقهم الاجماعى فى شأن مباشرة سلطات هذا الحق على هذا المجموع . ومع ذلك ، فلا يلتزم المشرع دائما هذا الاصل ، بل يخرج عليه فى بعض الحالات ، فيمكن مؤلف الشطر الاساسى من الانفراد بمباشرة الحق الذهنى على مجموع المصنف المشترك دون حاجة الى موافقة مؤلف الشطر الثانى (م ٢٩ و ٣٠ و ٣٢) (١) .

(٢) المصنف الجماعى (٢) هو المصنف الذى يشترك فى وضعه جماعة بتوجيه شخص طبيعى أو معنوى يتكفل بنشره تحت ادارته وباسمه ، ويندمج عمل المشتركين فيه فى الهدف العام الذى قصد اليه هذا الشخص الطبيعى أو المعنوى، بحيث لايمكن فصل عمل كل من المشتركين وتمييزه على حدة (م ١/٢٧) . فلايكفى، لاعتبار المصنف جماعيا ، تضافر جهود جماعة من الافراد على وضع مصنف ما، والا وجب اعتباره مصنفا مشتركا . بل ينبغى — فضلا عن ذلك — أن يكون وضعهم لهذا المصنف بأمر أو توجيه شخص آخر طبيعى أو معنوى بحيث يتم وضعه فى الاصل لحسابه ويندمج عمل المساهمين فى وضعه فيما يقصد اليه هذا الشخص بذلك من هدف ، وان لا يمكن تمييز نصيب كل مساهم وقدر اسهامه فى هذا المصنف عن نصيب الباقين . ومن أمثلة المصنفات الجماعية المصنفات التى توجه الدولة الى وضعها تحقيقا لغرض معين نفرا من موظفيها أو غيرهم من المتخصصين فى علم أو فن معين ، بحيث ينشر باسمها لا باسمهم ويستحيل تمييز نصيب كل منهم على حدة .

والاصل أنه ينبغى الاعتراف بوصف المؤلف صاحب الحق الذهنى للافراد الذين تآزروا على وضع المصنف وحدهم لانه من خلقهم وابتكارهم ، لا للشخص الطبيعى أو المعنوى الذى وجههم الى وضعه دون أن يقدم فى ذلك أية مساهمة فكرية أو ذهنية . بل انهم لا يملكون النزول له عن حقوقهم المعنوية فى

---

(١) أنظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٦٤١ و ٦٤٢ .

(٢) راجع فى ذلك خاصة :

Desbois, op. cit., Nos. 153 - 168.

محمد على عرفة ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٣٩٢ .

الابتكار (١) وفى أبوة المصنف نظرا لاتصالها الوثيق بشخصيتهم وخروجها بالتالى عن دائرة التعامل · ورغم ذلك فقد خرج المشرع المصرى على هذا الاصل واعترف بوصف المؤلف لمن وجه الى وضع المصنف الجماعى لا لمن قاموا فعلا بوضعه وابتكاره (م ٢/٢٧) . ويجب أن يؤخذ هذا الحكم على أنه استثناء محض مقام على أساس الافتراض ، بقصد تفادى ما ينشأ من صعوبات عن تدخل المؤلفين الحقيقيين الاصليين مما قد يتهدد الهدف المقصود من التوجيه الى وضع مثل هذا المصنف الجماعى (٢) . ولكن يظل الشك محيطا بقيمة هذا الافتراض كوسيلة لحماية هذا الهدف (٣) .

٢٤٧ — طبيعة الحقوق الذهنية

ذهب الفقه والقضاء أول الامر الى تكييف الحقوق الذهنية باعتبارها حقوقا عينية والى وصفها بانها حقوق ملكية أشياء معنوية على نسق ملكية الاشياء المادية . ولكن مثل هذا التكييف ما لبث أن انتقد انتقادا شديدا فى الفقه : فهو من ناحية : يخرج اصطلاح « الملكية عن مدلوله الفنى التقليدى كحق يرد على الاشياء المادية وحدها. وهو ، من ناحية ثانية، يتعارض مع خصيصة التأبيد والدوام الملازمة لحق الملكية ، ذلك أن احتكار الاستغلال الذى تخوله الحقوق الواردة على خلق ذهنى أو فكرى انما هو احتكار مؤقت بمدة معلومة يحددها القانون. وهو أخيرا لا يتفق مع الطبيعة المالية الخالصة الثابتة لحق ملكية الاشياء المادية ، ففى الحقوق الذهنية جانب معنوى غير مالى يتصل أوثق الاتصال بشخصية صاحب الخلق أو النتاج الفكرى مما ينعكس أثره انعكاسا ظاهرا على استغلال هذا الخلق أو النتاج استغلالا ماليا (٤) .

---

(١) ولكنهم يملكون على العكس النزول له عن حقوقهم المالية فى احتكار استغلال المصنف .

(٢) فى هذا المعنى : Debois, op. cit., No. 168

(٣) كتابنا سالف الذكر ص ٦٤٤ ، وأنظر كذلك فى انتقاد هذا النص :
محمد على عرفة ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٣٩٢ ، ص ٥٤٧ ، ٥٤٨ .

(٤) أنظر ، بصفة خاصة ، فى بسط الانتقادات التى ترد على تكييف الحقوق الذهنية بأنها حقوق ملكية :
Desbois, op. cit., Nos. 232, 233. — Roubier, op. cit., t. I, No. 21.

من أجل ذلك ، انصرف الفقه المعاصر فى مجموعة عن تكييف الحقوق الذهنية بانها حقوق ملكية (١) ، واتجه الى تكييفها بأنها حقوق من نوع خاص ذات طبيعة مزدوجة تجمع بين حقين مختلفين : حق معنوى يعبر عن أبوة صاحبهلخلقه ونتاجه الفكرى، وحقمالى يعبر عناحتكاره استغلالهذا الخلق والنتاج استغلالا ماليا .

ونجد صدى هذا التطور الفقهى فى تكييف الحقوق الذهنية واضحا فى القانون المصرى، فبعد أن كان التقنينالمدنى القديم يحتسبها منحقوق الملكية بنصه صراحة على أن « يكون الحكم فيما يتعلق بحقوق المؤلف فى ملكيـة مؤلفاته حسب القانون الخاص بذلك » ، اكتفى التقنين المدنى الحالى بالنص على أن « الحقوق التى ترد على شىء غير مادى تنظمها قوانين خاصة » · وبذلك أظهر المشرع المصرى بجلاء أعراضه عن التكييف القديم للحقوق الذهنية بانها حقوق ملكية أشياء معنوية · ثم جاء القانون الاخير رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ الخاص بحماية حق المؤلف ، فافصح بجلاء عن طبيعته المزدوجة وما تعطيه للمؤلف من حق معنوى وحق مالى على السواء ·

من أجل ذلك ينبغى أن نعرض لكل من هذين الحقين ومدى الارتباط القائم بينهما حتى يتاكد بذلك ما سبق أن ذكرناه من اختلاف طبيعة الحقوق الذهنية عن طبيعة الحقوق العينية عموما وحق الملكية خصوصا اختلافا كبيرا لا يدع مجالا للخلط بينهما .

---

(١) راجع فى ذلك خاصة :

Desbois; Roubier; ibid. — Planiol, Ripert et Picard, op. cit., t. III, No. No. 574. — Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 161.

محمد على عرفة ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٣٧٦ · — عبد المنعم البدراوى ، فقرة ٣٣٧ · — عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٨ ، ص ٢٧٨ — ٢٨١ ·

Bonnecase, op. cit., t. V, No. 388 — Chauveau, article précité, pp. 561, 562.

اسماعيل غانم ، ص ٧٠ و ٧١ ·

٢٤٨ — الحق المعنوى

يعبر هذا الحق عن الصلة الوثيقة القائمة بين النتاج الفكرى أو الخلق الذهنى وبين شخص خالقه ومبتكره أو بين المصنف وبين مؤلفه . ولذلك يخول هذا الحق للمؤلف سلطات متعددة تؤكد أبوته على مصنفه وتكفل احترام هذا المصنف بوصفه امتدادا لشخصيته . وهذه السلطات هى الاتية :

(١) سلطة النشر (١) : يعطى الحق المعنوى للمؤلف سلطة تقديريةبشأن نشر مصنفه (م ١/٥) ، ذلك أن هذا المصنف ليس الا جانبا من جوانب شخصيته هو الجانب الذهنى أو الفكرى ، فيكون هو صاحب السـلطة فى تقدير مدى صلاحية هذا الجانب للنشر . وبمقتضى هذه السلطة التقديرية يكون للمؤلف الحق فى الامتناع عن اخراج مصنفه وتقديمه الى الجمهور اذا وجدت اعتبارات أو مبررات تدعوه الى ذلك ، بان قدر ضرورة هذا الامتناع للمحافظة على سمعته الادبية أو الفنية أو العلمية اذا لم يكن راضيا عن انتاجه الفكرى .

واذا استعمل المؤلف سلطته التقديرية فقام بنشر مصنفه أو تقديمهالى الجمهور ، فالاصل أنه لا يجوز للغير — دون اذن من المؤلف ودن تعويضه — أن يقوم من جانبه بتكرار هذا النشر أو التقديم ولوبطريقة أخرى. ورغمذلك، يخرج المشرع على هذا الاصل فى بعض الحالات ، فيجيز فيها تكرار النشر أو تقديمه بطريقة أخرى دون اذن من المؤلف (٢) مراعاة لما يقتضيه الصالح العام من « تيسير سبل الثقافة والتزود من ثمار العقل البشرى » (٣) .

---

(١) أنظر فى ذلك بخاصة : Desbois, op. cit., Nos. 530 et s.

(٢) ومن قبيل ذلك الآثار التى تلقى فى اجتماعات أو جلسات علنية عامة كالخطب فى المجالس النيابية أو المرافعات فى المحاكم (م ١٥) . وكذلك لا يحتاج الى اذن من المؤلف : التحليلات والاقتباسات المأخوذة من المصنف بقصد النقد أو المناقشة أو الاخبار ، ما دامت تشير الى المصنف والى اسم المؤلف اذا كان معروفا (م ١٣) ، وايقاع المصنف أو تمثيله أو القاؤه فى اجتماع عائلى أو جمعية أو منتدى خاص أو مدرسة ، ما دام لا يحصل فى نظير ذلك رسم أو مقابل مالى (م ١/١١) . وكذلك اجاز المشرع المصرى للهيئات الرسميه المنوط بها الاذاعة اللاسلكية الحق فى اذاعة المصنفات التى تعرض أو توقع فى المسارح أو فى أى مكان عام آخر دون اذن مؤلفيها أو موافقة أصحابه هذه الاماكن ، ولكن بشرط اذاعة اسم المؤلف وعنوان المصنف ودفع تعويض عادل للمؤلف أو لخلفه أو لمستغل المكان الذى يذاع منه المصنف (م٢/٣٥)

(٣) المذكرة الايضاحية لقانون حماية حق المؤلف ، النشرة التشريعية ، يونيـة ١٩٥٤ ، ص ١٣٢٤ .

(٢) **سلطة تعيين نسب المصنف** (١) : يعطى الحق المعنوى للمؤلف السلطة فى أن ينسب مصنفه اليه وحده بان يقوم بنشره أو عرضه أو تقدمته للجمهور حاملا اسمه ، والسلطة فى دفع اى اعتداء على حقه فى ذلك (م ١٩/١) . وله كذلك أن ينشره باسم مستعار يختاره لنفسه أن أملت عليه اعتبارات خاصة عدم الكشف عن شخصيته الحقيقية ، بل ويكون له الحق اذا أراد — فى نشره غير حامل لاى اسم . ورغم تمام النشر أو العرض باسم مستعار أو بدون اسم ، يظل المؤلف محتفظا دائما بحقه فى الكشف عن أبوته الفكرية وانتساب مصنفه اليه فى أى وقت يشاء ، فهو حق متصل بشخصيته لا يسقط بالنزول عنه أو عدم استعماله مهما طالت المدة على ذلك .

(٣) **سلطة التعديل** : يعطى الحق المعنوى للمؤلف سلطة ادخال اية تعديلات أو تغييرات فى مصنفه (م ١/٧) ، يراها ضرورية لتحسينه والكمال به ، أو جعله موافقا لتغير الزمن وتطور الفكر وتقدم العلم ، ويعطيه كذلك سلطة الاعتراض ومنع اى تحريف أو تغيير أو تعديل يصيب مصنفه — دون اذن منه — عند نشره أو عرضه (م ١/٩) (٢) ، بما له من حق الابوة على هذا المصنف الذى يمثل شخصيته الفكرية وسمعته الادبية أو العلمية أو الفنية .

(٤) **سلطة السحب** : يعطى الحق المعنوى للمؤلف أخيرا السلطة فى سحب مصنفه من التداول ووقف نشره أو عرضه أو اذاعته (droit de repentir) (٣) ، فهو خالقه ومبتكره ، فتكون له سلطة اعدامه والرجوع فيما تم من تقدمته الى الجمهور . والواقع أن الاعتبارات

---

(١) راجع فى ذلك بخاصة :

Desbois, op. cit., Nos. 591 - 603.

(٢) راجع فى تفصيل ذلك :

Desbois, op. cit., Nos. 561, 565 - 590.

ولكن مراعاة ما قد تقتضيه الترجمة من بعض الحذف والتغيير ، جعلت المشرع المصرى يرخص فى اجرائه بشرط الاشارة اليه وعدم الاضرار بسمعة المؤلف أو قدره الفكرى (م ٩ / ٢) .

(٣) راجع فى تفصيل ذلك :

DDesbois, op. cit., Nos. 550 - 564.

التى قد تحدو المؤلف الى اصدار ما يشبه الحكم بالاعدام على مصنفه كثيرة متعددة . فقد يبدو المصنف أمام تقدم الفكر والمدنية تافها لا قيمةله مما تتأثر معه سمعة المؤلف الادبية أو الفنية اذا استمر تداوله بين الجمهور . وقد يكون المصنف معبرا عن مرحلة من المراحل الاولى لتفكير المؤلف وشبابه بما قد تتضمنه من اندفاع أو تهور وهجم على بعض القيم المسلمة فى المجتمع، فيرى المؤلف ـــ صيانة لسمعته الادبية أو الفنية أو استجابة لما يفرضه عليه تقدم العمر من رزانة وحكمة ـــ أن يسحب من التداول ما قد يكون باقيا من نماذج المصنف .

٢٤٩ ـــ الحق المالى (١)

يعبر هذا الحق عن الصلة المالية القائمة بين المؤلف صاحب الحق الذهنى وبين مصنفه أو أثره الادبى أو العلمى أو الفنى . فمن العدل اعطاء كل صاحب خلق ذهنى أو انتاج فكرى فرصة الافادة ماليا من هذا الخلق أو ذلك الانتاج ، عن طريق تمكينه من الاستئثار بثمرات عرضه وتقديمه الى الجمهور ٠ فهذا الحق اذن أنما يعطى للمؤلف على مصنفه احتكار استغلاله monopole d'exploitation بما يعود عليه من منفعة أو ربح مالى .

واستغلال المصنف قد يقوم به المؤلف نفسه. وقد يقوم به الغير الذى ينزل له المؤلف عن حقه فى الاستغلال لقاء مبلغ من المال يقدر عادة بنسبة مئوية من أرباح الاستغلال أو قيمة المبيعات ، ويدفع اما جملة واحدة واما على أقساط طوال مدة معلومة أو يقدر بطريقة جزافية .

ويستوى فى استغلال المصنف استغلالا ماليا أن يكون ذلك عن طريق نقله الى الجمهور مباشرة (٢) أو غير مباشرة (٣) .

---

(١) راجع فى تفصيل ذلك :

Desbois, op. cit., Nos. 264 et s.

(٢) يكون النقل المباشر بالتلاوة العلنية أو التوقيع الموسيقى أو التمثيل المسرحى أو العرض العلنى أو الاذاعة اللاسلكية او العرض بواسطة الفانوس السحرى او السينما (٦/أولا) .

(٣) يكون النقل غير المباشر بنسخ صور أو عمل نماذج متماثلة من المصنف توضع فى متناول =

وقد يتم استغلال المصنف عن طريق ترجمته الى لغة أخرى (١) . ويكون للمؤلف وحده الحق فى ذلك ، ولا يجوز لغيره فى الاصل أن يباشر شيئا من ذلك الا باذن كتابى منه أو ممن يخلفه .

٢٥٠ — آثار التمييز بين الحق المعنوى والحق المالى

قلنا ان حق المؤلف أو الحق الذهنى بوجه عام يتكشف عن حقين متميزين : حق معنوى من ناحية ، وحق مالى من ناحية أخرى . وهذان الحقان المتقابلان متصلان مرتبطان ، وان كانا مختلفين اختلافا جوهريا فى طبيعتهما ، مما ينعكس أثره على ما يخولان من سلطات ومكنات . وتأصيل التفرقة بينهما مرده الى أن الحق المعنوى انما يعبر عن الجانب الفكرى لشخصية صاحب الحق الذهنى أو المؤلف ، بينما يعبر الحق المالى عن الجانب المادى لاستغلال المصنف أو الاثر الذهنى بما يعود على صاحبه من منفعة أو ثمرة مالية . ومن هنا ، كان الحق المعنوى — باعتباره حق أبوة على نتاج فكرى معين — حقا من حقوق الشخصية أو الحقوق اللصيقة بالشخصية (٢) ، وهو على هذا النحو لا يقوم بمال ، فيندرج فى سلك الحقوق غير المالية . بينما كان الحق المالى — باعتباره حق احتكار استغلال لاثر ذهنى معين — حقا من الحقوق المالية يندرج فى

= الجمهور ، ويتم هذا بصفة خاصة عن طريق الطباعة أو الرسم أو الحفر أو التصوير الفوتوغرافى او الصب فى قوالب أو بأية طريقة أخرى من طرق الفنون التخطيطية أو المجسمة أو عن طريق النشر الفوتوغرافى أو السينمائى (م ٦ / ثانيا) .

(١) ولكن مباشرة الاستغلال عن هذا الطريق يرد عليها — فيما يتعلق بترجمة المصنفات الاجنبية الى اللغة العربية — قيد خطير فى القانون المصرى ، اذ يرفع المشرع عنها الحماية اذا لم يقم بها المؤلف أو يأذن بها فى بحر خمس سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الاصلى أو المترجم (م ٨ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤) ، وذلك رعاية لمصلحة البلاد كيلا تحرم من ثمار الفكر الانسانى فى الامم الاخرى لمدة طويلة . ولكن تقصير المدة الى هذا الحد محل للانتقاد (أنظر كتابنا أصول القانون ، هامش «١» ص ٦٥٤) .

(٢) انظر سابقا ، ص ٤٣٤ .

ولكن اذا كان لا يجوز الحجز على حق المؤلف ، فيجوز الحجز على نسخ المصنف الذى تم نشره (م ١٠) .

سلكها الى جوار الحقوق العينية والحقوق الشخصية . والبصر بهذا الاختلاف الجوهرى بين طبيعة كل من الحقين ، يجلو لنا ما يرتبه كل منهما من نتائج وآثار متفاوتة عن الاخر نعرضها فيما يلى :

(١) الحق المعنوى — باعتباره من حقوق الشخصية غير المالية — يمتنع التعامل فيه بنقله أو النزول عنه (م ٣٨) أو الحجز عليه (م ١٠) (١) .فهو حق مرتبط بشخصية المؤلف ، وبذلك يكتسب من وراء هذا الارتباط صفات الشخصية نفسها ، ولا يدخل فى عناصر الذمة المالية .

(٢) يترتب على قابلية الحق المالى — دون الحق المعنوى — للتعامل والتصرف فيه ، أن الحق الذهنى أو حق المؤلف لا يكون لوجهيه دائما نفس الصاحب . فاذا نزل المؤلف عن حقه المالى فى احتكار استغلال مصنفه ، فيبقى له دائما على هذا المصنف حقهالمعنوى الذىلا يملك النزول عنه.وبذلك يتوزع حق المؤلف حينئذ على صاحبين : صاحب للحق المالى هو المتنازل له عن احتكار استغلال المصنف . وصاحب للحق المعنوى هو دائما المؤلف مبتكر هذا المصنف .

والتصرف فى الحق المالى قد يكون على سبيل العوض أو التبرع ، وقد يكون نهائيا أو مؤقتا يعود من بعد الى المؤلف ، وقد يكون منجزا حال حياة المؤلف أو مضافا الى ما بعد الموت بالوصية (٢) ، وقد يكون شاملا أو قاصرا على بعض طرق الاستغلال أو على قدره أو مكانه ، مما يوجب تحديده على نحو قاطع للشك . ولذلك يشترط المشرع لتمام التصرف أن يكون مكتوبا ، وهذا شرط انعقاد لا شرط اثبات ، وأن يحدد فيه صراحة وبالتفصيل كل حق على حدة يكون محلا للتصرف مع بيان مداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه (م ٢/٣٧) . ولكن يعتبر باطلا تصرف

---

(١) انظر سابقا ، ص ٤٣٦ .

(٢) وقد أعفى المشرع المصرى المؤلف من التقيد بأحكام الوصية فى شأن القدر الجائز الايصاء به ، فجوز له الايصاء بحق الاستغلال المالى دون تقيد بهذا القدر وحتى لو كان هذا الحق هو كل تركته (م ٢٨ / ٢) . أنظر فى ذلك كتابنا سالف الذكر ، ص ٦٥٦ ، — عبد الرزاق السنهورى ، ج ٨ ، فقرة ٢٢٨ .

المؤلف فى مجموع انتاجه الفكرى المستقبل (م ٤٠) ، وذلك حماية للجانب الفكرى لشخصيته ومنعا من تقييده مقدما تقييدا أبديا .

ولا يعنى التصرف فى نسخة من المصنف التصرف فى الاستغلال المالى لذات المصنف ، وانما يقتصر حق المتصرف اليه على النسخة المادية أو النموذج المادى للتصرف لا على ما يتضمنه هذا الجسم المادى من خلق فكرى أو ذهنى .ولذلك يمتنع على المتصرف اليه مباشرة حق الاستغلال المالى باية صورة من الصور كاستخراج نسخ أو نماذج متماثلة ينشرها أو يبيعها للجمهور ، لان هـــذا الحق لا يزال ثابتا للمؤلف لعدم ورود التصرف والتنازل عليه (١) .

(٣) مادام الحق المعنوى يعتبر انعكاسا لشخصية المؤلف ، فيبقى دائما للمؤلف ، بما له من أبوة فكرية على مصنفه ورغم نزوله عن حقه المالى فى استغلاله ، سلطة كبيرة مهيمنة على سلطة الاستغلال المالى . فله الاعتراض والمطالبة بمنع المستغل من أى تعديل أو تبديل فى المصنف يضر بسمعته الفكرية . وله كذلك اذا شاء الامتناع عن تسليم المصنف الى المتنازل له عن الاستغلال المالى ، بل وسلطة وقف هذا الاستغلال المالى بعد بدئه باقتضاء سحب المصنف من التداول ، وسلطة ادخال تعديلات جوهرية عليه .

ومثل هذه السلطات التى يعطيها الحق المعنوى للمؤلف تكون ذات نتائج خطيرة على الحق المالى الذى انتقل الى المتنازل له عن الاستغلال . ولذلك فان تخويل هذه السلطات للمؤلف ، لا يجب أن يعفيه من المسئولية عن الاضرار التى قد يسببها للمتنازل له عن الاستغلال نتيجة استعماله لها . فضلا عن أن الواقع أن هذا الاستعمال دون مبرر قوى يستند الى اعتبارات خاصة بالمصنف ذاته وما يتضمنه من قيم فكرية معينة ، أو بشخصية المؤلف وسمعته الادبية أو

---

(١) وقد اطلق المشرع المصرى هذا الحكم ، حتى ولو كانت النسخة محـــل التصرف هى النسخة الاصلية الوحيدة ، اذ نص على أنه « لا يترتب على التصرف فى النسخة الاصلية من المصنف أيا كان نوعه نقل حتى المؤلف » . ولكنه نص كذلك على أنه « لا يجوز الزام من انتقلت اليه ملكية هذه النسخة بأن يمكن المؤلف من نسخها أو نقلها أو عرضها ، وذلك كله ما لم يتفق على غير ذلك » (م ٤١) . لذلك يحسن بالمؤلف عند التصرف فى النســـخة الاصلية أن يحتفظ لنفسه بحق الاستغلال المالى .

الفنية، يعتبر استعمالا تعسفيا غير مشروع من جانب المؤلف صاحب الحق المعنوى، يجب على القضاء حماية المستغل منه (١) .

غير أنه فيما يتعلق بسلطة سحب المصنف من التداول وكذلك بسلطة ادخال تعديلات جوهرية عليه ، جعل المشرع المصرى هذا السحب أو التعديل منوطا بموافقة القاضى اذا تحقق من طروء اسباب خطيرة تبرر ذلك ، وعلى أن يلزم المؤلف بدفع تعويض عادل معجل (٢) الى المستغل (م ٤٢) .

(٤) يعتبر الحق المالى — باعتباره ذا صفة مالية محضة — عنصرا من عناصر الذمة المالية وينتقل بالوفاة الى الورثة · غير أن مثل هذا الحق ليس بالحق المؤبد ، بل هو حق مؤقت ينقضى بفوات مدة معينة يحددها القانون ، بحيث لا يصبح استغلال المصنف ماليا بعد فواتها احتكارا لاحد ، اذ يعتبر حينئذ من التراث الفكرى العام المشاع بين الجميع . ولهذا نص المشرع المصرى على انقضاء حقوق الاستغلال المالى بمضى خمسين سنة على وفاة المؤلف (م ٢٠ / ١) (٣) ، أو على وفاة آخر من بقى حيا من المشتركين فى تأليف نفس المصنف (م ٢٠ ـ٢) · أو بمضى خمسين سنة على تاريخ النشر اذا كان صاحب الحق شخصا معنويا (م ٢٠ ـ٣) أو اذا كان المصنف منشورا غفلا من اسم المؤلف أو باسم مستعار ولم يكشف المؤلف خلال هذه المدة عن شخصيته (م ٢١) ·

والواقع أن طبيعة الحق المالى فى استغلال المصنف تقضى بجعله موقوتا · ذلك أن الاصل أن المصنف معد للجمهور وموجه اليه ، بحيث يكون مصيره فى نهاية الامر أن يسقط كما يقال فى الملك العام وينضاف الى التراث الفكرى الانسانى

---

(١) انظر فى هذا المعنى :

Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 164. — Notre thèse précitée, pp. 166 - 168.

(٢) أنظر فى انتقاد اشتراط دفع التعويض مقدما :
محمد على عرفة ، ج ١ ، فقرة ٣٨٨ ، ص ٥٣١ . — كتابنا سالف الذكر ، ص ٦٥٩ .

(٣) ولكن تنقص المادة الى خمس عشرة سنة بالنسبة للمصنفات الفوتوغرافية والسينمائية التى لا تكون مصطبغة بطابع انشائى واقتصر فيها على مجرد نقل المناظر نقلا آليا (م ٢٠ / ١

المتجمع على مر الاجيال. فلا يكون اعطاء المؤلف احتكار استغلالهاذن الا من قبيل تمكينه من الحصول على ما يكافىء جهده الذهنى ، وهو ما يتحقق عادة فى ظرف مدة معينة ٠

أما الحق المعنو ى، فهو حق مؤبد لا ينقضى بمضى مدة معينة ، بل يظل ثابتا للمؤلف طوال حياته ، ثم ينتقل عنه الى ورثته بوفاته ٠ غير أن الورثة لا يتلقون هذا الحق كاملا كما كان لمورثهم ، بل يتلقونه فى الاصل فى جوانبه السلبية دون جوانبه الايجابية ٠ فيتلقونه ناقصا قاصرا على مجرد المحافظة على سمعة المورث الفكرية ، بالدفاع عن احترام نسبة المصنف الى المؤلف واحترام مضمون المصنف ، وذلك برقابة استمرار نشر المصنف أو عرضه كما تركه المؤلف عند وفاته حاملا اسمه أو الاسم المستعار الذى اختاره ودون تحريف أو تشويه(١) ٠ فيقتصر مركز الورثة اذن على مركز الحارس لتراث مورثهم الفكرى(٢) ، ويبقى لهم هذا المركز على الدوام رغم انقضاء الحق المالى بمضى المدة القانونية المقررة له ٠

أما الجوانب الايجابية للحق المعنوى ، وهى تقرير نشر المصنف ابتـــداء وتناوله بالتغيير والتعديل وسحبه من التداول ، فلا تنتقل فى الاصل الى الورثة ، اذ هى لصيقة بشخصية المؤلف وحده باعتباره خالق المصنف ومبتكره وصاحب الابوة الفكرية عليه . ولكن هذا الاصل ليس مطلقا فى القانون المصرى اذ تثبت للورثة سلطة تقرير نشر المصنف اذا مات المؤلف قبل هذا التقرير (م ١٩ — ١) وهو ما يفترض عدم ايصائه بمنع النشر (٣) ، ويمكن تبرير ذلك على أساس استخلاص اتجاه ارادة المؤلف الضمنية الى النشر من سكوته عن

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :
Desbois, op. cit., Nos. 623 - 628.

(٢) Desbois, op. cit., No. 625.

(٣) من الواضح أن المؤلف اذا كان قد اوصى بتأجيل النشر وحدد له موعدا معينا ، فيجب على الورثة تنفيذ ما أوصى به (م ١٩ / ٣) ٠

الايصاء بمنعه وقيام الورثة حينئذ بتنفيذ هـــذه الارادة (١) . وتثبت للورثة كذلك سلطة التعديل أو التغيير فى المصنف (م ١٩ — ٢) (٢) ، ولكن هـــذا الحكم محل للنظر (٣) ، باعتبار أن هذه السلطة لصيقة بشـــخصية المؤلف باعتباره الاب الفكرى للمصنف والقادر وحده على التصرف فى مضمونه (٤) .

---

(١) احتياطا لمـــا قد يحدث من أحجام ورثة المؤلف عن النشر فى هـــذه الحالة ، وتحقيقا للصالح العام بعدم قبر المصنفات القيمة وحجبها عن الجمهور ، يرخص المشرع المصرى لوزير التربية والتعليم فى الحلول محل الورثة فى النشر بعد انذارهم واستصدار أمر من المحكمة بذلك ، ولكن مع تعويضـهم تعويضـا عادلا (م ٢٣) .

(٢) قارن مع ذلك :

عبد الرزاق السنهورى ، ج ٨ ، فقرة ٢٤١ .

(٣) أنظر كتابنا سالف الذكر ، متن ص ٦٦٣ ، وهامش «١» ص ٦٦٣ و ٦٦٤ .

(٤) ولكن لا أعتراض اذا كان المؤلف قد خول قبل وفاته شخصا معينا — من الورثة أو من غيرهم — سلطة اجراء التعديل والتغيير ن المصنف .

الفصل الرابع

الذمة المالية (١)

Le Patrimoine

٢٥١ ــ تعريف الذمة المالية ، والخلاف حول تأصيلها

يقصد باصطلاح «الذمة المالية» ، فى الفقه السائد ، التعبير عن مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية . وبذلك تتكون الذمة من جانبين: جانب ايجابى (L'actif) هو مجموع حقوق الشخص المالية ، وجانب سلبى (Le passif) هو مجموع التزامات الشخص المالية . وبقدر ما تزيد حقوق الشخص المالية على التزاماته تعتبر ذمته دائنة ، وبقدر ما تزيد التزاماته المالية على حقوقه تعتبر ذمته مدينة .

والذمة المالية ــ كما يدل عليه اسمها ــ لا تتكون فى جانبيها الايجابى والسلبى الا من حقوق الشخص والتزاماته المالية وحدها (١) ، فلا يدخل فى

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Aubry et Rau, op. cit., t. IX, Nos. 573 - 583. — Mevorach, Le patrimoine, Revue trimestrielle de droit civil, 1936, pp. 811 - 825. — Ismail Ghanem, Essai critique sur la notion de patrimoine en droit français et en droit égyptien, thèse Paris, 1951. Imp. Le Caire, 1957.

اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ١٠٣ ــ ١٢٣ ــ كتابنا فى أحكام حق الملكية ، فقرات ٥ ــ ١٠ ، ص ١٢ ــ ٣٢ .

(٢) قارن مع ذلك :

Mazeaud, op. cit., t. I, No. 292.

الجانب الايجابى للذمة أى حق غير مالى للشخص(١) ، ولا يدخل فى الجانب السلبى لها أى واجب غير مالى عليه (٢) .

وقد كان تأسيس فكرة الذمة المالية وتأصيلها محل جدل كبير فى الفقه ، نرى صداه فى ظهور نظريتين متقابلتين فى هذا الصدد : نظرية تقليدية ظلت لها السيادة فى الفقه الفرنسى طوال القرن الماضى وهى المعروفة بنظرية الشخصية (Théorie de la personnalité)، ونظرية حديثة راجت فى الفقه الالمانى خاصة ،وهى المعروفة بطريقة التخصيص (Théorie de l'affection) فنعرض فيما يلى لهاتين النظريتين ، لنرى من بعد موقف الفقه الحديث منهما ونظرته اليوم الى جوهر الذمة المالية وأهميتها العملية .

٢٥٢ — نظرية الشخصية

تنسب هذه النظرية الى الفقيهين الفرنسيين « أوبرى » (Aubry) و «رو» (Rau) . وهى تقوم على أساس ارتباط الذمة المالية بالشخصية وانبعاثها منها (٣) . فالذمة اذن هى احدى خصائص الشخصية ، بل هى الشخصية ، ذاتها منظورا اليها من جانبها المالى . ولم يكن بد — وهذا الاساس هو نقطة الابتداء — من أن تخلع هذه النظرية على الذمة المالية صفات الشخصية كاملة فترتب عليها النتائج الاتية :

(١) لكل شخص ذمة مالية : ما دامت الذمة المالية مرتبطة أو مندمجة فى الشخصية ، أو ما دامت — بعبارة أخرى — هى الجانب المالى للشخصية ، فمن الحتم أن يكون لكل شخص ذمة مالية . فلا يعلق وجود الذمة المالية اذن على ضرورة وجود حقوق مالية ثابتة للشخص أو التزامات مالية واقعة عليه فى وقت معين . فالطفل اللقيط العارى مثلا ، وهو مجرد من كل حق أو التزام

---

(١) و (٢) كحق الانسان على اسمه ، أو الحق المعنوى للمؤلف على مصنفه ، وكالواجب السلبى العام الواقع على الكافة باحترام الحقوق . ولكن الاعتداء على مثل هذه الحقوق أو خرق مثل هذا الواجب ، يولد التزاما ماليا بالتعويض يدخل ذمة المعتدى كعنصر سلبى وذمة المعتدى عليه كعنصر ايجابى .

(٣) Aubry et Rau, op. cit., t. IX, No. 573.

مالى ثابت له أو عليه ، تكون له ذمة مالية .

(٢) **لكل ذمة مالية شخص تستند اليه** : ما دامت الذمة المالية هى الشخصية فى مظهرها المالى ، فلا يتصور وجود ذمة لا تستند الى شخص ، سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا اعتباريا . ولكنها لا تثبت فيما وراء ذلك لاحد أيا كان ، فلا تثبت لحيوان أو جماد ، ولا لجماعات من الاشخاص أو مجموعات من الاموال لا تتوافر لها الشخصية المعنوية أو الاعتبارية .

(٣) **الذمة المالية واحدة لا تتعدد أو تتجزأ** : ما دامت الذمة المالية هى الشخصية ذاتها فى مظهرها المالى ، فهى اذن — كالشخصية — واحدة لاتتعدد أو تتجزأ . ولا يطعن فى وحدة الذمة المالية للشخص — عند انصار هذه النظرية ــ أن تخضع بعض عناصرها لنظام قانونى مختلف عن النظام القانونى الذى تخضع له الذمة فى مجموعها . اذ لا يعدو ذلك عندهم أن يكون محض استثناء تحتمه اعتبارات خاصة (١) .

(٤) **الذمة المالية وحدة أو مجموعةقانونية مستقلة عنالعناصر المكونة لها:** مادامت الذمة المالية هىالشخصية نفسها فىمظهرها المالى،ومادامتالشخصية هى مجرد صلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، فان الذمة لاتكون اذن مجموعة فعلية ثابتة من الحقوق والالتزامات المالية ،بلمجموعةاحتمالية لما يوجد للشخص فى الحاضر وما قد يوجد له فى المستقبل من هذه الحقوق وتلك الالتزامات . ومن هنا ، كانت الذمة تمثل تصورا قانونيا مجردايعبرعن وحدة أو مجموعة مستقلة ومنفصلة عن العناصر المكونة لها (٢) ، بحيث لا يتأثر وجودها بوجود هذه العناصر أو بأى تغيير أو تعديل يطرأ عليها . وبذلكتكون الذمة — فيما يقال — كالوعاء يستقل فى وجوده عن وجود محتوياته ، فهو

---

(١) Aubry et Rau, op. cit., t. IX, No. 574.

(٢) Aubry et Rau, op. cit., t. IX, No. 573, pp. 333, 334

يوجد فى ذاته ولو خلا يوما من محتوياته ، ويظل موجودا ليتلقى ما قد يدخل فيه مستقبلا من محتويات ولما قد تتعرض له هذه المحتويات من تبديل وتغيير .

وما دامت الذمة المالية تكون وحدة قانونية مجردة مستقلة فى وجودها عن وجود العناصر الداخلة فيها ، فلا يتصور التصرف فى الذمة أو النزول عنها كوحدة ، وانما يتصور التصرف أو النزول واردا على ما يوجد من عناصرها فى وقت معين دون أن يمس ذلك وجود الذمة نفسها (١) . هذه نتيجة حتمية لتصور الذمة على انها هى الشخصية ذاتها فى مظهرها المالى ، اذ كما يستحيل التصرف فى الشخصية او النزول عنها ، فكذلك يستحيل التصرف أو النزول عن الذمة المالية كوحدة قانونية .

ولكن اذا كانت حقوق الشخص والتزاماته تنتقل الى الورثة بوفاته ، فليس معنى ذلك انتقال ذمته اليهم — فالذمة لا تنتقل من شخص الى آخر — وانما معناه امتداد شخصية المورث واستمرار بقائها فى أشخاص الورثة (٢) .

٢٥٣ — نظرية التخصيص (٣)

ترجع هذه النظرية الى بعض فقهاء الالمان خاصة ، الذين أرادوا هدم النظرية التقليدية بماقامت عليه من أساس اندماج الذمة المالية فى الشخصية ، وما استتبعه هذا الاساس من نتائج غير مقبولة .

من اجل ذلك رأوا ان الذمة المالية لا تكون مجموعة أو كتلة متماسكة من الحقوق والالتزامات المالية بسبب ثبوتها لشخص معين ، وانمـــا بسبب تخصيصها لغرض معين ذى قيمة جديرة بالحماية . ولذلك فالعبرة فى وجود الذمة المالية ليس بوجود شخص تسند اليه ، وانما بوجود غرض تتخصص

---

(١) Aubry et Rau, op. cit., No. 577

(٢) Aubry et Rau, op. cit., Nos. 582, 583

(٣) أنظر فى عرض هذه النظرية خاصة :

Michoud, La théorie de la personnalité morale, 3e éd. t. I, No. 17. — Beudant et Voirin, op. cit., t. IV, No. 22. — Saleilles, De la personnalité juridique, 2e éd., p. 477, 478.

به ، ومن هنا ، فكلما وجدت حقوق والتزامات مالية يجمعها الاستناد الى غرض معين ، أمكن القول بوجود ذمة مالية دون حاجة الى استلزام وجود شخص معين تسند اليه ٠

ونظرية التخصيص هذه ، قد أراد دعاتها من ورائها الاستغناء بفكرة الذمة القائمة على التخصيص عن فكرة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية التى يعدونها مجرد افتراض بحت مخالف للواقع ، وحيلة مصطنعة بخاصة لامكان الاعتراف لمجموعات من الاشخاص (كالجمعيات والشركات) أو الاموال (كالاوقاف والمؤسسات) بذمة خاصة بها مستقلة عن ذمة كل عضو من أعضائها أو كل منتفع بها . اذ لا يحتاج الامر — لادراك هذه النتيجة — الى مثل هذا الافتراض أو التحايل باعطاء هذه المجموعات شخصية صناعية ، فكل من هذه المجموعات من الاشخاص أو الاموال تفترض وجود حقوق والتزامات مالية يجمعها التخصيص لغرض واحد ، أى تفترض وجود ذمة مالية قائمة بذاتها ومستقلة عن غيرها دون استناد الى شخص معين ٠ وتترتب على هذه النظرية نتائج نذكر أهمها ما يلى :

(١) **وجود الذمة دون شخص** : ليس من المحتم وجود شخص تستند اليه الذمة المالية ، فالذمة توجد ولو لم يوجد شخص اذا وجدت مجموعة من الحقوق أو الالتزامات المالية خاصة بنفس الغرض ٠ وهذا يغنى عند أصحاب هذه النظرية — كما سبق البيان — عن فكرة الشخصية المعنوية التى تعتبر عندهم مجرد حيلة صناعية بحتة للاعتراف للاشخاص المعنوية أو الاعتبارية بذمة مالية مستقلة .

(٢) **امكان تعدد الذمة** : ما دامت الذمة المالية غير مندمجة فى الشخصية وانما قائمة على وحدة التخصيص بين عناصرها لغرض معين ، فليس من الحتم أن توجد للشخص ذمة مالية واحدة ، بل قد توجد له أكثر من ذمة ، فتتعدد ذممه بتعدد الاغراض التى تخصص بها مجموعات من حقوقه والتزاماته المالية ٠ فالوراث مثلا الذى لا يكون مسؤولا عن ديون مورثه الا فى حدود

أموال التركة ، تكون له ذمتان منفصلتان مستقلتان : ذمته الاصلية ، وذمة مورثه التي آلت اليه ، بحيث تضمن حقوق كل ذمة ديونها فلا يلتزم الوارث في ذمته الاصلية بسداد ديون مورثه .

(٣) **امكان انتقال الذمة** : ما دامت الذمة المالية غير مستندة الى الشخصية بل الى غرض معين تتخصص به عناصرها ، فهى على هذا النحو تكون مجموعة فعلية ـ لا مجموعة احتمالية ـ من الحقوق والالتزامات المالية المخصصة بغرض معين ، فيمكن بالتبعية التصرف فيها والنزول عنها . وكذلك يمكن انتقالها بالموت الى الورثة ، دون حاجة الى ما تصطنعه نظرية الشخصية ـ في سبيل تبرير هذا الانتقال ـ من افتراض بحت يخالف الواقع ، قائم على اعتبار شخصية الوارث امتدادا لشخصية المورث .

٢٥٤ ـ تقدير النظريتين

يراعى فى شأن نظرية التخصيص أنه لا يمكن التسليم بمقدمتها الاولية القائمة على امكان قيام ذمة لا تستند الى شخص من الاشخاص . فمثل هذه المقدمة لا يمكن قبولها فى ظل القوانين الوضعية الحديثة التى تسلم بوجود أشخاص معنوية أو اعتبارية الى جنب الاشخاص الطبيعية ، وحيث أصبح الفقه الحديث يرى فى وجود هذه الاشخاص حقيقة واقعية لا مجرد افتراض محض ، فقد قامت هذه النظرية على أساس القول بانكار فكرة الشخصية الاعتبارية ، وقدمت فكرة الذمة المالية القائمة على التخصيص بغرض معين كبديل عنها .

فالثابت اذن فى القانون الحديث اليوم أن الذمة المالية لا تتصور الا مستندة الى شخص معين سواء كان هذا الشخص طبيعيا أو اعتباريا . اذ من المسلم أنه لا يكتسب الحقوق أو يتحمل بالالتزامات الا الاشخاص وحدهم ، ومن هنا ينبغى أن تكون الذمة ـ وهى مجموع من الحقوق والالتزامات المالية ـ خاصة بشخص معين . ولكن ليس يعني ذلك رفض فكرة التخصيص فى ذاتها ، فسنرى من بعد أن هذه الفكرة صالحة من وجوه معينة ولكن فى حدود ما

قدمناه من ضرورة اسناد الذمة الى شخص معين · أى أن هذه الفكرة قاصرة عن خلق ذمة غير مستندة الى شخص ، ولكنها صالحة — اذا وجدت ذمة لشخص معين — لتبرير اقتطاع مجموعة من عناصرها وتأليف ذمة أخرى مستقلة لنفس الشخص(١) ·

وليس يعنى ذلك أيضا رفض ما ترتبه نظرية التخصيص من نتائج معينة ، كتعدد الذمة المالية للشخص الواحد وامكان التصرف فيها والنزول عنها بين الاحياء ، وامكان انتقالها بالموت الى الورثة دون حاجة الى افتراض امتداد شخصية المورث فى أشخاص الورثة ، فتلك نتائج سليمة ينبغى التسليم بها فى جملتها كما سنرى ، ولكن يمكن الوصول اليها دون حاجة الى انتهاج منطق نظرية التخصيص — غير المقبول — من انكار ضرورة اسناد الذمة الى شخص معين . والواقع أن اسراف النظرية التقليدية اسرافا شديدا فى منطقها من ربط فكرة الذمة بالشخصية الى حد ادماجها فيها هو الذى دفع الى انكار تلك النتائج بخلع كل صفات الشخصية على الذمة ·

ولئن كان ينبغى التسليم بوجوب استناد الذمة الى شخص ، الا أن ذلك لا يستتبع بحال من الاحوال ضرورة اعطاء الذمة نفس صفات الشخصية ، والا انتهى الامر — كما انتهت النظرية التقليدية فعلا — الى اعتبار الذمة هى الشخصية نفسها فى مظهرها المالى أى هى صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المالية له أو عليه ، وهو لغو لايمكن قبوله ، اذ مادامت الذمة والشخصية شيئا واحدا ، ففيم اذن كان اصطلاح « الذمة المالية » ، وما فائدته وليس له من مدلول جديد(٢) ؟ ·

فالتفرقة اذن واجبة بين الشخصية باعتبارها الصلاحية لا كتساب الحقوق

---

(١) انظر بصفة خاصة فى نقد نظرية التخصيص :
Ismail Ghanem, thèse précitée, No. 5.

(٢) أنظر فى نقد الخلط بين الذمة والشخصية :
Beudant et Voirin, t. IV, No. 23. — Ismail Ghanem : thèse précitée, No. 62. — Mevorach, article précité, p. 816. — Planiol, Ripert et Picard, t. III, No. 17.

والتحمل بالالتزامات ، وبين الذمة المالية باعتبارها مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية • واغفال هذه التفرقة هو الذى دفع بنظرية الشخصية الى المغالاة والقول بأن لكل شخص ذمة مالية حتما . ولئن كان الغالب فى العمل حقيقة أن لكل شخص ذمة ، لانه يندر أن يوجد شخص ليست له أو عليه حقوق مالية ، الا أنه اذا قام احتمال وجود مثل هذا الشخص ، فيكون من انكار الواقع القول بتوافر ذمة مالية له (١) .

والخلط بين الذمة والشخصية دفع بالنظرية التقليدية كذلك الى القول بأن الذمة واحدة لا تتعدد أو تتجزأ ، وأنه لا يتصور أن توجد للشخص ذمم مالية متعددة . ومثل هذا القول — كما هو ظاهر — لا يستقيم الا مع مقدمة غير مسلمة ، هى اندماج الذمة فى الشخصية • ومن ثم لا يوجد عقلا ومنطقا ما يمنع من تصور تعدد الذمة • وهنا نجد فائدة التخصيص ، اذ قد تتخصص مجموعة معينة من أموال الشخص بغرض معين فتنشأ منها ذمة خاصة الى جانب ذمته العامة(٢) •

وفى قواعد القانون المصرى أمثلة على تعــدد الذمة المالية لدى بعض الاشخاص نتيجة تخصيص معين لبعض ما لهم من أموال (٣)

فللقاصر أهلية التصرف فيما يوضع تحت تصرفه من مال مخصص لاغراض نفقته ، ويصبح التزامه المتعلق بهذه الاغراض فى حدود هذا المــال فقط (م ٦١ من قانون الولاية على المال) . وكذلك فللقاصر البالغ الســادسة عشرة أهلية التصرف فيما يكسبه بعمله من مال ، بشرط الا يتعدى التزامه حدود هذا المال (م ٦٣ من القانون سالف الذكر) . ففى هاتين الحالتين ،

---

(١) فى هذا المعنى :
Mevorach, article précité, p. 817.

(٢) ولكن لا يتأتى التخصيص بارادة الافراد وانما القانون وحده هو الذى يقرره ، كفالة لما يجب من ثقة وائتمان فى المعاملات ، ومنعا من تفتت الضمان العام بتوزعه بين ذمم الشخص المتعددة (أنظر كتابنا أحكام حق الملكية سالف الذكر ، هامش «١» ص ٢٤) .

(٣) أنظر :
Ismail Ghanem, thèse précitée, Nos. 87 - 89.
اسماعيل غانم ، ص ١١١ — ١١٣ . — شفيق شحاته ، فقرة ٦ ، ص ١٢ و ١٣ .

يكون للقاصر — فضلا عن ذمته العامة — ذمة خاصة متعلقة بأموال معينة لا يلتزم الا في حدودها وحدها .

وكذلك فلمالك السفينة الحق في تركها الى أصحاب الديون الناشئة بسببها أو بسبب سفرها ، يقتضون ديونهم من التنفيذ عليها وحدها هي واجرتها دون غيرها من أمواله (م ٣٠ بحرى) • وبذلك تكون السفينة ذمة مالية خاصة لمالكها الى جوار ذمته العامة ، بحيث تتحدد التزاماته الخاصة بالسفينة بحدود قيمتها وقيمة اجرتها ، فلا يملك الدائنون بهذه الالتزامات التنفيذ على غير السفينة واجرتها مما يدخل في ذمته العامة من أموال .

واخيرا فللوارث فيالقانون المصرى — كما سنرى — ذمتان : ذمتهالاصلية، وذمة مورثه التى انتقلت اليه ، فلا يسأل الوارث عن ديون مورثه الا فى حدود ما تركه المور ثمن أموال ، أ ىلا يقوم بسداد ديون التركة من أمواله الاصلية ، فلكل من الذمتين نطاق مستقل عن نطاق الاخرى .

بقى أن يراعى أن نظرية الشخصية ، وهى ترى أن الذمة باعتبارها هى الشخصية فى مظهرها المالى لا تنتقل من شخص الى آخر ، قد اصطدمت بنظام الميراث فاضطرت — فى سبيل تبرير انتقال ذمة المورث الى الوارث بالوفاة — الى القول بأن شخصية المورث ممتدة وباقية فى شخص الوارث(١) • وظاهر ما فيهذا التبرير مناصطناع وتحايل يقوم على افتراض محض مخالف للواقع ، مما يدل على فساد القول بامتناع التصرف فى الذمة المالية وانتقالها من شخص الى آخر •

والخلاصة مما تقدم وضوح جانب المغالاة والاسراف فى كل من نظرية الشخصية(٢) ونظرية التخصيص ، الاولى بادماج الذمة فى الشخصية ادماجا كليا ، والثانية يفصل الذمة عن الشخصية •

---

(١) بحيث يكونان اما شخصا واحدا حين يلتزم الوارث بكل ديون المورث ، او يكون الوارث شخصين : شخصا هو امتداد لشخصية المورث ، وشخصه الخاص به حين لا يلتزم بسداد ديون المورث الا فى حدود أموال اتركة .

(٢) أنظر مع ذلك فى الدفاع عن نظرية الشخصية فى الفقه المصرى :
عبد الحى حجازى ، ص ٢٢٨ — ٢٣١ • — محمد سامى مدكور ، نظرية الحق ؛ ١٩٥٤ • ص ١٢٣ — ١٢٧ • — عبد المنعم البدراوى ، فقرة ٢٩٤ •

٢٥٥ — جوهر فكرة الذمة المالية

يتجه الفقه الحديث فى مجموعه (١) الى الابقاء على فكرة الذمة المالية مبرأة مما خلعته عليها النظرية التقليدية من صفات الشخصية وخصائصها . وبذلك أصبحت النظرة اليوم الى الذمة المالية باعتبارها وحدة قانونية مجردة لها ذاتية مستقلة ومنفصلة عن ذاتية ومفردات ما يدخل فى تكوينها من حقوق والتزامات مالية ، أى باعتبارها وحدة تفنى وتتلاشى فيها عناصرها .

ولكن ينبغى ان لا تصرف هذه النظرة للذمة المالية الى المعنى الذى كانت تفهمه منها نظرية الشخصية . فقد ظنت هذه النظرية ان تمتع الذمة بذاتية مستقلة عن ذاتية عناصرها ، يجعل من الذمة مجرد تصور فكرى لاعلاقة له بالواقع ، بحيث يمكن أن توجد الذمة حتى ولو كانت خالية من كل عنصر ايجابى أو سلبى . وليس مثل هذا الفهم لا ستقلال ذاتية الذمة عن ذاتية عناصرها ، الا صدى للخلط بين الذمة والشخصية ، وهو خلط شائع عند أصحاب نظرية الشخصية كما أوضحنا ، ويكاد يلغى أى معنى لوجود فكرة الذمة اذ ينقلب مدلولها من **مجموع** ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية ، الى **صلاحية** الشخص لا كتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات المالية . وفرق كبير بين المجموع الذى لا يرد الا على عناصر فعلية واقعية موجودة حتى ولو كانت متغيرة ، وبين مجرد الصلاحية التى تعتبر صفة قائمة مستمرة لا تتوقف على وجود عناصر فعلية ولا تتخلف بتخلفها .

فالذمة المالية اذن ينبغى أن تفهم على أنها وحدة متماسكة مترابطة من الحقوق والالتزامات المالية المتقابلة ، بحيث تظل هذه الوحدة قائمة ـ ما دامت لم تخل من عناصر قط ـ رغم تغير ذاتية العناصر المؤلفة لها. فقد تخرج بعض العناصر من ذمة الشخص ، وقد تدخل فيها بعض عناصر جديدة ـ اذ حقوق

---

(١) انظر فى ذلك :

Beudant et Voirin, t. IV, Nos. 17, 18. — Colin, Capitant et De Morandière, t. I, No. 128. — Planiol, Ripert et Picard, t. III, No. 15.

الشخص والتزاماته المالية فى تغير دائم مستمر لا تثبيت على حال واحدة ــ دون أن ينفى ذلك وجود وحدة دائمة تنتظم مجموع حقوق هذا الشخص والتزاماته المالية المتغيرة . فالذمة اذن ــ وان كان لا وجود لها بغير عناصر تكونها ــ لا يتأثر وجودها بتغير عناصرها المستمر . ومثل الذمة فى ذلك مثل الامة ، لا يتأثر وجودها بالتغير المستمر فى ذاتية أفرادها بموت من يموت منهم وميلاد من يولد .

وهذه الوحدة التى تنتظم مجموع حقوق الشخص والتزاماته المالية فى ضرب من التماسك رغم ما قد تتعرض له هذه الحقوق وتلك الالتزامات من تغير مستمر ، هى جوهر فكرة الذمة المالية ، ذلك الجوهر الذى يعبر عنه عادة بأن للذمة ــ كوحدة ــ كيانا مستقلا عن كيان وذاتية عناصرها الدائمة التغير .

٢٥٦ ــ أهمية الذمة المـالية

تربط الذمة المالية ، على هــذا النحو ، بين الجانب السلبى والجانب الايجابى فيها ربطا محكما وثيقا تتضح أهميته من ناحيتين : فمن ناحية ، يعتبر الجانب الايجابى مسئولا عن الجانب السلبى وضامنا له بحيث تكون كل ديون الشخص مضمونة دائما بكل حقوقه ، فيكون للدائنين اذن ضمان عام على جميع أموال المدين . ومن ناحية أخرى ، تنتقل الذمة بجانبيها الايجابى والسلبى الى الورثة كما تحدد مضمونها نهائيا عند الوفاة (١) . فنعرض فيما يلى بايجاز للضمان العام للدائنين ، ثم لانتقال الذمة بالوفاة .

(١) الضمان العام للدائنين : قلنا أن الذمة المالية تكون وحدة قائمة بذاتها مستقلة عن مفردات وذاتية عناصرها . وهذا الكيان الذاتى للذمة يجعل الجانب

---

(١) انظر مع ذلك فى انكار الحاجة الى فكرة الذمة المالية لتبرير الضمان العـام للدائنين وانتقال حقوق المتوفى والتزاماته الى الورثة ، والدعوة الى الاستغناء بالتالى عن هذه الفكرة :
Ghanem, thèse précitée, Nos. 13 - 22.
اسماعيل غانم ، ص ١١٩ ــ ١٢٢ .
وانظر فى مناقشة هذا الاتجاه وفى الابقاء على فكرة الذمة المالية :
كتابنا بسالف الذكر فى أحكام حق الملكية ، ص ٢٩ و ٣١ و ٣٢ .

الايجابى فيها مسؤولا عن الجانب السلبى دون تحديد لمفردات كل منهما أو اعتبار لما قد يطرأ على هذه المفردات من تغيير . وبذلك يكون مجموع حقوق الشخص ضامنا لمجموع التزاماته ، بمعنى أن ضمان الدائنين لا يقع على حق أو مال معين بذاته من حقوق المدين أو أمواله ، بل يقع على الجانب الايجابى من ذمة المدين برمته باعتباره ذا كيان ذاتى مستقل عن ذاتية مفرداته ومحتوياته . ومن هنا يكون للدائنين حق ضمان عام (droit de gage général) على جميع أموال المدين . وهذا ما يعبر عنه المشرع المصري بنصه على أن « أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه » (م ٢٣٤ ــ ١ مدنى) .

وهذا الضمان العام المقرر للدائنين ، يتفق مع طبيعة الحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية . ذلك أن الدائنين أصحاب هذه الحقوق لا تكون لهم أية سلطة مباشرة على شيء أو عين معينة من أعيان المدين ، وانما تكون لهم قدرة اقتضاء عمل معين من المدين . فاذا لم يف المدين بما عليه من التزام ، فليس معنى ذلك ضياع حقوق هؤلاء الدائنين بدعوى عدم ورودها مباشرة على عين معينة من أعيانه ، ذلك أن حقوقهم ــ باعتبارها داخلة فى الجانب السلبى من ذمة المدين وهذا الجانب مضمون بما يقابله فيها من جانب ايجابى ــ انما تكون مضمونة الوفاء بمجموع أموال المدين كوحدة ذاتية مستقلة لا كأموال معينة بالذات ، بحيث لا يقتصر الضمان على أموال المدين الحاضرة وقت نشوء الديون بل يمتد كذلك الى أمواله المستقبلة .

غير أن هذا الضمان العام ــ ان كان ذا فائدة للدائنين من هذه الناحية ، وللمدين من ناحية أنه يجعل يده فى الاصل حرة التصرف فى أمواله باعتباره ضمانا لا يثقل أحد هذه الاموال بالذات وانما يرد عليها كمجموع ذاتى مستقل ــ الا أنه قد يضمن الخطر للدائنين من ناحيتين : فمن ناحية ، يرد ضمان الدائنين على الجانب الايجابى من ذمة المدين كوحدة ثابتة فى ذاتها ومتغيرة فى عناصرها ، فاذا نقصت العناصر المكونة لهذا الجانب بخروج بعضها من ذمة المدين ، فتنقص بالتبعية قيمة هذا الضمان بالنسبة للدائنين . ومن ناحية ثانية يتساوى الدائنون فيما لهم من ضمان على جميع أموال

المدين (م ٢٣٤ — ٢ مدني) ، لان كل ديون المدين مضمونة بكل حقوقه . وهذه المساواة قد تعرضهم لخطر التزاحم على أموال المدين عند عدم كفايتها لوفاء الديون كاملة وافتسامهم اياها فيما بينهم قسمة غرماء بنسبة دين كل منهم (١) .

(٢) انتقال الذمة المالية بالوفاة : ما دامت الذمة تمثل وحدة قانونية يرتبط فيها الجانب الايجابى بالجانب السلبى ، فان هذا الارتباط والتماسك بين الجانبين لا ينهار بوفاة الشخص بل يظل قائما بحيث تنتقل ذمته الى الوارث بمجموع حقوقها والتزاماتها المالية على السواء ، على النحو الذى تحددت به مفرداتها نهائيا عند الوفاة ، اذ بالوفاة يمتنع طروء أى تغيير عليها بعد ذلك بالزيادة أو النقصان ·

وما دامت ذمة المورث — باعتبارها وحدة تمثل مجموع حقوقه والتزاماته المالية — تنتقل بالوفاة الى الوارث ، فمقتضى ذلك اما اندماج ذمة المورث فى ذمة الوارث ، واما قيام ذمة المورث الى جانب ذمة الوارث بحيث تصبح للوارث ذمتان مستقلتان : ذمته الاصلية المتعلقة به ، وذمة مورثه التى آلت اليه عن طريق الارث .

واندماج ذمة المورث فى ذمة الوارث ، يجعل الوارث مسؤولا عن ديون التركة لا فى أموالها فقط ولكن حتى فى أمواله الاصلية كذلك . وهذا هو النظام الاصلى المتبع فى القانون الفرنسى بخاصة · وقد رأينا من قبل فساد تفسيره على النحو الافتراضى الذى تقول به النظرية التقليدية من اعتبار شخصية الوارث امتدادا لشخصية المورث .

وأما قيام ذمتين مستقلتين للوارث ، ذمته الاصلية ، وذمة مورثه التى آلت اليه بالميراث ، وهو النظام المقرر فى القانون المصرى أخـذا عن الشريعة الاسلامية ، فمن شأنه تحديد مسئولية الوارث عن ديون التركة بقدر ما فيها

---

(١) يمكن — كما سبق البيان — دفع هذا الخطر عن طريق ترتيب حق عينى تبعى للدائن على عين معينة بالذات من أموال المدين ، بحيث يكون له اقتضـاء دينه من ثمنها بالافضلية والاولوية على غيره من الدائنين العاديين .

من أموال (١) . فتعتبر ذمة المورث التى آلت الى الوارث مكونة لوحدة مستقلة قائمة بذاتها ، يضمن الجانب الايجابى فيها الجانب السلبى كما تحددت مفردات كل منهما عند الوفاة ، بحيث يقتصر ضمان ديونهـا على مجموع حقوقها وحده ، فلا يكون الوارث مسؤولا فى ذمته واموالـه الاصلية عن وفاء ديون الذمة الموروثة وبذلك تكن الذمة الموروثة ذمة مخصصة لغرض معين هو تصفية ما كان للمورث من مركز مالى آل الى الوارث بحيث لا يكون لذمة الوارث الاصلية هى مستقلة عنها — شأن بهذا الغرض .

ولا يحتاج وجود ذمتين منفصلتين للوارث على هذا النحو الى افتراض شخصيتين له كما كانت تفعل نظرية الشخصية . فهذا افتراض بحت غير مقبول ، يغنى عنه وجوب تجريد الذمة من صفات الشخصية كما رأينا ، بحيث لا يعود ثم ما يمنع من امكان انتقالها بسبب الوفاة وتعددها لنفس الشخص وهو الوارث .

والقول بوجود ذمتين منفصلتين للوارث فى القانون المصرى ، هو فيما نرى التفسير الصحيح لقاعدة « لا تركه الا بعد سداد الديون » ، المقررة فيه وفى الشريعة الاسلامية . وهذا التفسير يفضل تفسيرا آخر يذهب اليه بعض فقهاء الشريعة الاسلامية وبخاصة فقهاء الحنفية (٢) من اعتبار تركة المتوفى المدينة باقية حكما على ملكه تفريعا على اعتبار شخصيته مستمرة وممتدة افتراضا الى حين الفراغ من سداد ديونه وتصفية ذمته . اذ لا حاجة الى مثل هذا الافتراض البحت المخالف للقواعد القانونية الوضعية الحالية ، وهناك ما يغنى عنه من حقائق الواقع المتمثل فى وجود مجموعتين من الحقوق والالتزامات المالية ، لكل منهما استقلاله وكيانه الذاتى: المجموعة المتعلقة بالوارث أصلا، والمجموعة المتعلقة بالمورث التى آلت بوفاته الى الوارث (٣) .

(١) يأخذ القانون الفرنسى كذلك بهـذا النظام استثناء ، بما يجيزه للوارث من تحـديد مسئوليته عن ديون مورثه عن طريق « قبول التركة بخيار الجرد » .
(Sous bénéfice d'inventaire)

(٢) انظر فى ذلك :
عمر عبد الله ، أحكام المواريث فى الشريعة الاسلامية ، ١٩٥٥ ، ص ٣٠ — ٢٢ .
— محمد كامل مرسى ، الميراث وتصفية التركة ، ١٩٥١ ، فقرة ٩٤ و ٩٥ .

(٣) راجع فى ذلك :
دروسنا فى مصادر الحقوق العينية الاصلية ، على الآلة الناسخة ، ١٩٦٤ ، ص ٣٣ — ٣٧

الباب الأول

صاحب الحق

Le sujet de droit (١)

٢٥٧ — صاحب الحق هو الشخص

يستند الحق الى شخص يكون صاحبا له (٢) ، بحيث يستأثر وحده — دون غيره من الاشخاص — بالتمتع بما يخوله من سلطات ومكنات . ومن هنا قام الترادف فى الاصلاح القانونى بين «صاحب الحق» وبين «الشخص» (la personne) ، واصبحت « الشخصية » (La personnalité) بالنسبة الى الحق هي علامة الصلاحية لثبوته ونسبته الى صاحب معين . بل أصبحت هى كذلك علامة الصلاحية لثبوت « الالتزام » أو « الواجب » ونسبته الى صاحب معين . فالالتزام أو الواجب — كالحق — يلزمه صاحب ، وصاحب كل منهما هو الشخص .

٢٥٨ — مدلول الشخصية

اذا كان صاحب الحق — وهو ما يعنينا فى هذا المقام — هو « الشخص » ، فينبغى تحديد مدلول « الشخص » أو مدلول « الشخصية » التى يتمتع بها هذا الصاحب . وفى هذا الصدد ينبغى توقى الخلط بين مدلول هذا الاصطلاح

---

(١) يراعى أن هذا الاصطلاح الفرنسى انما يؤخذ عند كثير من الفقهاء ، لا للدلالة على « صاحب الحق » فحسب ، وانما للدلالة كذلك على المحمل بالالتزام المقابل للحق . انظر فيما يؤدى اليه ذلك من خلط غير مرغوب فيه ، وفى محاولة دفع هذا الخلط على أساس قصر هذا الاصطلاح على « صاحب الحق وحده » والتعبير باصطلاح « صاحب الالتزام » « le sujet d'obligation » عن المحمل بالالتزام :

كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ص ٦٨٩ .

(٢) انظر فى محاولات : انكار وجود صاحب للحق من حيث المبدأ ، والحد من مبدأ استلزام صاحب للحق ، وفى مناقشة هذه المحاولات ورفضها : كتابنا أصول القانون ، ص ٦٩٠ — ٦٩٧

فى نظر الفلسفة والاخلاق وعلم النفس من ناحية وبين مدلوله فى نظر القانون من ناحية أخرى (١) . فالخلط بين المدلولين كان من الاسباب الرئيسية الكامنة وراء ما أحاط مشكلة الشخصية فى الفقه من مشاكل وتعقيدات كثيرة وبخاصة فى شأن الشخصية المعنوية أو الاعتبارية .

فالشخص فى نظر الفلسفة والاخلاق وعدم النفس هو الانسان وحده ، لان الشخصية فى هذا النظر انما تعبر عن صفة كائن متميز من طبيعته الروحية الواعية العاقلة ـ سواء كانت متحققة أو متخلفة فى الواقع ـ ما يجعل له غاية خاصة به (٢) ، وهى صفة لا تتوافر الا للفرد الانسانى دون غيره من الكائنات الارضية . وليس الحال كذلك فى نظر القانون حيث يأخذ اصطلاح « الشخص أو الشخصية مدلولا آخر لا تلازم بينه وبين هذه الصفة الانسانية . فقد يخرج القانون من عداد الاشخاص بعض بنى الانسان ، وقد يثبت الشخصية لغير الانسان ، وآية ذلك ، أن الرقيق لم تكن له شخصية فى نظر الشرائع القديمة حيث كان الرق سائدا ومشروعا . واذا كان الرق قد زال اليوم فأصبحت الشخصية فى هذا النظر انما تعبر عن صفة كائن متميز له من طبيعته الروحية ثابتة كذلك لغير الانسان ، فثم جماعات من الافراد كالشركات والجمعيات ، أو مجموعات من الاموال كالاوقاف والمؤسسات ، تعتبر أشخاصا فى نظر القانون .

فمدلول الشخصية اذن فى نظر القانون لا يطابق تماما مدلولها فى نظر الفلسفة والاخلاق وعلم النفس ولا يفترض بالتالى حتما توافر الصفة الانسانية . ولا يكفى القول ـ لتحديد هذا المدلول ـ بأن الشخص هو من يمكن نسبة الحقوق والالتزامات اليه ، أو من يعتبر صالحا ليكون صاحبا للحقوق

(١) فى هذا المعنى :
Michoud, op. cit., t. I, No. 2. — Réglade, op. cit., pp. 71, 74, 75. — Dabin, op. cit., pp. 108, 109.

(٢) أنظر فى ذلك
Lalande, Vocabulaire technique et critique de la philosophie, 6e. éd., 1951, V. Personne, p. 759. — Réglade, op. cit., p. 75. — Dabin, op. cit., p. 108.

والالتزامات ، فلا يقدم هذا القول كثيرا فى تحديد صاحب الحق ، اذ يبقى تحديد مدلول ومعيار مثل هذه الصلاحية .

وفى هذا الصدد نجد اتجاهين متقابلين متطرفين : الاتجاه الاول يتطرف فى تضييق مدلول هذه الصلاحية باناطتها بالارادة العاقلة الواعية (١) ، حتى لينكر الشخصية على المجنون والصغير غير المميز أو فى الاقل يعتبر شخصيتهما افتراضية وليست حقيقية • والاتجاه الثانى يتطرف فى توسعه مدلول هذه الصلاحية باناطتها بالتمتع (٢) ، حتى ليعترف بالشخصية للحيوان أو الجماد اذا حصل تصرف لصالحه •

وكلا الاتجاهين مرفوض (٣) . فمن ناحية يقوم كل منهما على أساس تصوير معين للحق ، اذ يقوم الاول على أساس تصور الحق قدرة ارادية ويقوم الثانى على أساس تصور الحق مصلحة يحميها القانون ، وقد سبق لنا مناقشة ورفض هذين التصويرين للحق . ومن ناحية أخرى ، يخالف كل منهما حكم القوانين الوضعية : فالاول يخالف المقرر فى هذه القوانين من اسناد الحقوق الى عديمى الارادة من الافراد كالمجنون والصغير غير المميز وليس الى من يولى عليهم من أولياء أو أوصياء أو قوام . والثانى يخالف المقرر فى هذه القوانين من التمييز بين صاحب الحق وبين محله واعتبار الحيوان أو الجماد دائما محلا للحق لا صاحبا له .

ورفض الاتجاهين المتقدمين يوجب الاتجاه وجهة أخرى لا تبلغ مبلغهما من التطرف فى قصر الشخصية على ذوى الارادة من الافراد أو بسطها حتى على الاشياء من حيوان وجماد . ولكن ليس معنى وجوب احتساب الصغير غير

---

(١) أنظر فى هذا الاتجاه بخاصة :
Duguit, op. cit., t. I, Nos. 42 - 48, pp. 451 - 533. — Roguin, op. cit., t. II, Nos. 647 - 692, pp. 315 - 356.

(٢) أنظر فى هذا الاتجاه بخاصة :
Demogue, La nation de sujet de droit, Rev. trim. de droit, 1909, notamment, pp. 631 - 645.

(٣) أنظر فى تفصيل مبررات هذا الرفض :
كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٠١ — ٧٠٥ .

المميز من الاشخاص واستبعاد الاشياء من عداد الاشخاص ، ايجاد ترادف بين الشخص والانسان والعودة الى الخلط بين الشخصية القانونية والشخصية الفلسفية أو الاخلاقية، فللقانون غاية معينة تملىعليه مدلولا معينا للشخصية مختلفا عن مدلولها الفلسفى أو الاخلاقى أو النفسى . ذلك أنالقانونيستهدف اقامة نظام اجتماعى عادل ، وهو لا يتوصل الى ذلك الا بتمكين الكائنات المتميزة التى تمثل ــ بالنظر الى هذا الهدف ــ قيمة معينة من أن تكون لها أو عليها حقوق • وتحديد هذه القيمة الاجتماعية التى تثبت صلاحية لدى الكائن فى أن يكون على رأس حقوق والتزامات أو مركزا لها ، أمر لا يتحكم فيه القانون الوضعى وانما تمليه عليه حقائق الحياة الاجتماعية الواقعية والمثالية •

واذا كانت هذه الحقائق تفرض اعتبار الانسان كائنا متميزا له مثل هذه القيمة وتلك الصلاحية بصرف النظر عن توافر أو تخلف الوعى والادراك عنده لان الانسان هو حجر الاساس فى النظام الاجتماعى وصالحهيظل هو نهاية المطاف من وجود الجماعة ووجود القانون والحقوق ، فان هذه الحقائق تفرض عـدم قصر هذه القيمة وتلك الصلاحية على الانسان وحـده ، بل وجوب بسطها كذلك على تلك الكائنات الجماعية المتميزة بتنظيم معين لتحقيق مصالح انسانية لعدد كبير من الافراد . فمثل هذه الكئنات الجماعية ، على هذا النحو من التنظيم الذى يجعل لها كيانا مستقلا عن كيان الافراد المنشئين لها أو المنتفعين بها، ومن الهدف الذى يوجه كيانها المستقل الىتحقيق مايعتبر غاية للحقوق والقانون من أغراض ومصالح انسانية ــ لا تقل عن الانسان فى نظـر القانون والنظام الاجتمـاعى قيمة وصـلاحية كمركز للحقـوق والالتزامات . ولذلك اذا كانالقانون يثبت الشخصية لكلانسان ، فانما يثبتها له لما يمثل من هذه القيمة والصلاحية ، ولهذا لا يقصرها عليه وحـده بل يجاوزه فيثبتها كذلك لغيرهمن الكائنات الجماعية المتميزه ـ مثل الجمعيات والشركات والاوقاف والمؤسسات ــ التى لها نفس هذه القيمة والصلاحية

وعلى هذا النحو لا تناط الشخصية بالادراك او الارادة ولا بالانتفاع أو التمتع ، ولا بالصفة الانسانية ، وانما تناط أساسا بالقيمة الاجتماعية (la valeur sociale) (١) . فيكون الشخص هو الكائن المتميز (٢) ذا القيمة الاجتماعية بالنظر لما يتعلق به أو يمثله أو يستهدفه من مصالح انسانية (٣) ، مما يفسر كونه صاحبا للحقوق والالتزامات وكون شخصيته هى صلاحيته لوجوب الحقوق له أو عليه ونسبتها اليه .

٢٥٩ — الشخصية وأهلية الوجوب (٤)

اذا كان صاحب الحق هو الشخص ، وتحدد مدلول الشخصية على النحو المتقدم الذى يعنى صلاحية كائن ذى قيمة اجتماعية لوجوب الحقائق له أو عليه ، فينبغى مراعاة ما يشيع فى الفقه (٥) من التعبير عن الشخصية كذلك باصطلاح « أهلية الوجوب » واعتباره مرادفا لاصطلاحها ، بحيث يتحدد الشخص بأنه من يكون أهلا للوجوب له أو عليه . ورغم الصلة الوثيقة بين

---

(١) أنظر فى ذلك خاصة :
Réglade, op. cit., pp. 75 - 79. — Saleilles, op. cit., pp. 583, 584. — Dabin, op. cit., p. 110.

(٢) أنظر فى استلزام أن يكون الشخص كائنا (être) له وجود متميز ، لا مجرد نشاط (activité) ولو ذى قيمة اجتماعية :
Dabin, op. cit., p. 110.

(٣) قارب : Dabin, ibid. :

(٣) وقارن : Réglade, pp. 76, 78, 79

(٤) يطلق فقهاء الشريعة الاسلامية اصطلاح « الذمة » على الشخصية ، ويجعلونها مناطا لاهلية الوجوب أو يجعلون الاهلية أثرا لها (أنظر فى ذلك خاصة : احمد ابراهيم ، الاهلية وعوارضها والولاية فى الشرع الاسلامى ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الاولى) ص ٣٥٢ . — على الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية ، ١٩٤٢ ، ص ١٨٥ و ١٨٦ . — عمر عبد الله ، سلم الوصول لعلم الاصول ، ١٩٥٦ ، ص ٨٢ و ٨٣ . وقارن . محمد يوسف موسى الفقه الاسلامى ، ١٩٥٤ ، ص ٢٢٠ و ٢٢١ ، الذى يستبدل اصطلاح « الانسانية » باصطلاح « الذمة ») .

(٥) أنظر بخاصة : عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، فقرة ٢٢٠ . — عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ١٤٥ . — عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد ، ١٩٥٠ ، ص ٤٧ . — محمد سامى مدكور ، ص ٥٤ و ٨١ . — جميل الشرقاوى ، ص ١٢٠ .

الاصطلاحين ومدلوليهما فتبقى بينهما فروق تبرر التمييز بينهما (١) .

ذلك أن الشخصية ، وهى صلاحية كائن لان تنسب اليه الحقوق والالتزامات ، انما تواجه هذه الصلاحية فى ذاتها من حيث مبدأ وجودها بحيث تعتبر موجودة أو منعدمة ولكنها لا تتصور أبدا ناقصة . فوجودها لا يتراوح بين الكمال والنقصان بتراوح عدد ما تتعلق به الصلاحية من حقوق والتزامات ، بل يكفى لوجود الشخصية ثبوت هذه الصلاحية أصلا، ولو كانت متعلقة ببعض الحقوق والالتزامات دون بعض أو حتى بواحد منها فحسب (٢) . ولذلك فاذا كانت الشخصية ثابتة لكل أفراد الناس فى القانون الحديث فمعنى ذلك أن لكل منهم — على قدم المساواة — مثل هذه الصلاحية فى المبدأ ولو كان محروما من بعض الحقوق ، فيظل له — دون نقصان — نفس ما للباقين غير المحرومين من شخصية ما دام أن له من القيمة الاجتماعية مثلهم ما يجعله صالحا كصاحب يمكن أن ينسب اليه أى حق أو التزام . واذا كان اختلاف الاشخاص فى قدر ما يمكن نسبته الى كل منهم من حقوق أو التزامات ، لا ينتقص من تساويهم فى الشخصية لانه لا يمس مبدأ صلاحيتهم كأصحاب للحق أوالالتزام، فهو يفرق بينهم من حيث مدى هذه الصلاحة،وهذا المدى هو المقصود أساسا بأهلية الوجوب (٣) ، وهو الذى يمكن أن يكون كاملا عند البعض وناقصا عند البعض الاخر بحسب شمول الصلاحية لكل الحقوق والالتزامات أو اقتصارها على بعض منها دون بعض (٤) . ولذلك لا يحمل تساوى الاشخاص فى الشخصية معنى تساويهم فى أهمية الوجوب ، بل تتفاوت

---

(١) أنظر فى ذلك بخاصة :
سليمان مرقس ، هامش «١» ، ص ٣٧٩ و ٣٨٠ .
Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 791.

(٢) فى هذا المعنى :
سليمان مرقس ، المرجع السابق ، هامش «١» ص ٣٧٩ .

(٣) فى هذا المعنى :
Marty et Raynaud, ibid.

(٤) قارن : سليمان مرقس ، هامش ص ٣٨٠ .

أهلية وجوبهم اتساعا وضيقا بحسب الاحوال دون أن ينتقص ذلك مما لهم من نفس الشخصية المتساوية •

فالشخصية اذن تتعلق بمبدأ الصلاحية لوجوب الحق أو الالتزام عامة دون تحديد أو تعديد ، بينما تتعلق أهلية الوجوب بمدى هذه الصلاحية من حيث قصورها أو شمولها لكل الحقوق والالتزامات . وعلى هذا النحو ، يتحدد الفيصل بين الشخصية وأهلية الوجوب ، رغم تعلقهما معا بهذه الصلاحية ، بالفيصل بين التجريد والتطبيق ، فتكون الشخصية هى الصلاحية المجـــردة وأهلية الوجوب هى الصلاحية الواقعية أو المجسمة .

وعلى هذا النحو اذا كان حرمان بعض الاشخاص من بعض الحقوق أو عدم الزامهم ببعض الالتزامات لا يلغى الشخصية أو ينكرها عليهم ، فهو يقيد أو ينتقص — رغم ذلك — من أهليتهم للوجوب (١) . ولذلك تكون الشخصية ثابتة للنساء مثلا رغم حرمانهن فى بعض الشرائع من الحقوق السياسية واعفائهن من الخدمة العسكرية ، وللاجانب رغم حرمانهم فى بعض الشرائع عن تملك العقارات أو الاراضى الزراعية ، وللقريب رغم حرمانه من الارث لاختلاف الدين أو لقتله المورث عمدا . ولكن يكون لهذا الحرمان والاعفاء أثره على أهليتهم للوجوب ، فتكون مقيدة أو ناقصـــــة بالنسبة الى غيرهم من ذوى الصلاحية الكاملة لوجوب كل الحقوق والالتزامات أو منعدمة فى شأن الحق الوارد عليه الحرمان أو الالتزام محل الاعفاء بالذات .

٢٦٠ — منهج البحث

اذا كان صاحب الحق هو الشخص وكان الشخص — على ما رأينا — هو الكائن ذا القيمة الاجتماعية سواء كان انسانا من خلق الطبيعة أو كائنا اجتماعيا من خلق الفكر والتصور ، فينبغى أن نعرض للشخص صاحب الحق هذا فى نوعيه الكبيرين هذين . ولذلك نقسم الفصل الى فصلين :

الفصل الاول — فى الشخص الطبيعى .

الفصل الثانى — فى الشخص المعنوى أو الاعتبارى .

---

(١) فى هذا المعنى : اسماعيل غانم ، ص ١٥٤ .

الفصل الأول

الشخص الطبيعى

La personne physique

٢٦١ — تمهيد وتقسيم

يقصد بالشخص الطبيعى الانسان ، وكل انسان اليوم — دون استثناء — يعتبر شخصا فى نظر القانون الحديث ، اذ الشخصية تفترض — كما رأينا — وجود كائن متميز له قيمة اجتماعية بالنظر الى مايتعلق به أو يستهدفه من مصالح انسانية ، والانسان هو المثال الاصيل — وان لم يكن الوحيد — لهذا الكائن ، غير أن هذه الحقيقة المسلمة اليوم من اسباغ الشخصية على كل انسان (١) ، لم تكن كذلك على الدوام . فقد كانت بعض الشرائع القديمة تقصر الشخصية على الاحرار وحدهم من الناس وتنكرها على الارقاء ، ولعل مرجع ذلك الى أن النظرة اليهم كانت باعتبارهم مجردين من القيمة الاجتماعية مناط الشخصية (٢) لارتهان هذه القيمة حينئذ بالحرية ، مما حتم اخراجهم من عداد الاشخاص أصحاب الحقوق واحتسابهم ضمن الاشياء محل الحقوق ٠

واذا كانت الشخصية معترفا بها فى القانون الحديث لكل انسان ، فهى ثابتة له دون توقف على وجود ارادة واعية عاقلة عنده ، ذلك أن توافر الصفة الانسانية حتى مع انعدام العقل الواعى والادراك كاف — بالنظر الى غاية

---

(١) أنظر فى نظام « الموت المدنى » الذى كانت تعرفه بعض الشرائع من قبل ، وفى أنه لم يكن معدما للشخصية اعداما تاما وانما كان مقيدا لاهلية الوجوب بحصرها فى أضيق نطاق : كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ص ٧١١ — ٧١٢ ٠

(٢) فى هذا المعنى :

Dabin, op. cit., p. 116.

القانون ومايقرره من حقوق ـ لاثبات القيمة الاجتماعية والشخصية بالتالى لكل انسان حتى للمجنون أو الصغير غير المميز (١) . ولذلك تثبت للنـــاس جميعا على قدم المساواة نفس الشخصية ، سواء كانوا كاملى العقل والادراك أو ناقصيه أو عديميه .

ولكن تساوى الناس فى ثبوت الشخصية لكل منهم دون تمييز ، لايعنى أنهم سواء فى اكتساب نفس الحقوق (٢) . ولذلك ، فرغم اعتبار كل أفراد الناس أشخاصا ، الا أنهم يتفاوتون فى مدى ما لكل منهم ـــ نتيجة شخصيته ـــ من أهلية وجوب كما سبق البيان ، فتكون كاملة شاملة لكل الحقوق والالتزامات عند البعض ، وناقصة قاصرة على بعض الحقوق والالتزمات عند أفـراد آخرين (٣) .

---

(١) أنظر خاصة ، فى تأييد أثبات الشخصية للمجنون والصغير ونقد آنكارها عليه :
Dabin, op. cit., pp. 117 - 123.

(٢) Dabin, op. cit., p. 117

(٣) يثير نظام الرهبنة ، بما يفرضه من اعتبار الراهب ميتا بالنسبة الى العــالم الدنيوى وغير صالح للتملك لنفسه وانما للدير الذى ينتمى اليه ، مشاكل تتعلق بتحديد مركز الراهب وحظه من ثبوت الشخصية أو أنعدامها ، ومدى أهلية وجوبه اذاً كانت الشخصية باقية له ، ومدى صحة تجرده من حقوقه واكتساب الدير لها بدلا عنه . وينبغى أن نقرر فى هذا الشأن ، أن مثل هذا النظام لا يمكن أن يعتبر صحيحا اذا كان القصد منه اسقاط الشخصية عن الراهب أو حصر أهلية وجوبه فى أضيق نطاق ، لان قواعد الشخصية والاهلية من القواعد المتعلقة بالنظام العام التى يمتنع على الافراد ـــ بل وعلى عرف طائفى كعرف الرهبنة ـــ اهدارها أو الخروج عليها (فى هذا المعنى : استئناف مصر ، ٩ أبريل ١٩٣١ ، المحاماة ، ١٢ ، ٣٦٥ ، ٧٤٦) . ولكن ليس معنى ذلك اسقاط قواعد الرهبنة كليا ، واعتبار آلراهب ـــ على نفس وضعه السابق قبل الترهب ـــ صاحب كل ما يكتسبه من الحقوق وخاصة الحقوق المالية ، ذلك أن الراهب ـــ بدخول الدير ـــ يتبوأ وظيفة دينية معينة فيه ، تفرض تحديدا معينا لعلاقاته بالدير وتمييزا بين ما يكتسبه من حقوق مالية بصفته الشخصية فيكون له وبين ما يكتسبه بصفته أو وظيفته الدينية فيكون للدير . وليس فى اعتبار الدير صاحب طائفة الحقوق الاخيرة ما يخالف قواعد القانون ألوضعى ، مادام اكتساب هذه الحقوق ـــ رغم تحققه عن طريق الراهب ـــ منظورا فيه الى وصف الراهب ووظيفته كنائب عن الدير أو ممثل له ، مما يوجب ـــ والراهب لا يكتسبها لحساب نفسه ـــ نسبتها الى الدير وايقاعها فى ذمته وحده .

وعلى هـــذا النحو ، يجب اعتبار الراهب شخصا غير منقوصة أهليـــة وجـــوبه بسبب الترهب ، فيظل رغم الترهب وبعـــده ـــ كما كان قبله ـــ صالحا لان يكون صاحبـــا للحقوق والالتزامات . وأما ما يكسبه الدير من حقوق عن طريقه ، فهو اكتساب مشروع ليس مرده انعدام شخصية الراهب أو نقص أهلية وجوبه وانما نيابته عن الدير أو تمثيله له فى هذا الاكتساب بحكم صفته ووظيفته . ولذلك لايكتسب الدير مايؤول الى الراهب من حقوق بوصفه الشخصى ، بل تظل له وحده يرثها عنه أقرباؤه وورثته من بعده (فى هذا المعنى : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، هامش «١» ص ٢٦٧ ـــ نقض ١٤ مايو ١٩٤٢ ، مجموعة عمر (المدنية) ، ج ٣ ، رقم ١٥٥ ، ص ٤٣١ . ـــ كتابنا سالف الذكر ، هامش «٣» ص ٧١٤ و ٧١٥) .

واذا كانت الشخصية تثبت لكل انسان ، فهى تلازمه من ابتداء حياته الى حين وفاته · وهى ، فى هذا المدى الزمنى ، يكون لها مايميزها ـ بالنسبة الى كل فرد عن بقية الافراد الاخرين ـ من مميزات خاصة به · وهى اذا كانت ـ كما رأينا ـ لاتتطلب ارادة معينة فى الفرد لثبوتها له ، باعتبارها مجرد صلاحية لوجوب الحقوق له أو عليه ، الا أن توليد الحقوق والالتزامات أو مباشرتها أو ترتيب الاثار القانونية بوجه عام قد لا يتحقق فى بعض الصور الا نتيجة قدرة ارادية معينة عند الشخص ، وتفاوت الافراد الطبيعى فى توافرمثل هذه القدرة ، لابد مفاوت بينهم بالتالى من حيث مباشرة النشـــاط الارادى للشخصية أو « أهلية الاداء » ، فتتراوح هذه الاهلية ـ بتراوح قدر الارادة عند الافراد ـ بين الانعدام والنقصان والكمال ·

ومن ثم ، نقسم هذا الفرع الى ثلاثة مباحث

المبحث الاول ـ فى مدة الشخصية ·

المبحث الثانى ـ فى مميزات الشخصية ·

المبحث الثالث ـ فى النشاط الارادى للشخصية أو أهلية الاداء ·

المبحث الاول

مدة الشخصية

٢٦٢ ـ تمهيـــد

ما دامت الشخصية تثبت لكل انسان باعتباره صالحا لوجوب الحقوق له أو عليه ، فالاصل أن تظل ملازمة له مادام بقيد الحياة ، فتبدأ بولادته وتنقضى بوفاته · ولكن هذا الاصل غير مطلق ، اذ ثمة اعتبارات عملية تحتم الخروج عليه ، اما ببدء الشخصية قبل الولادة ، وما بانهائها دون تيقن من الموت الحقيقى . فنعرض فيما يلى على التعاقب لبداية الشخصية ونهايتها .

المطلب الاول

بداية الشخصية

الاصل أن تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حيا · غير أن القانون يخرج على هذا الاصل ، فيثبت من قبل الولادة للجنين أو الحمل بعض الحقوق ولكن بشرط تمام ولادته حيامنبعد ·

٢٦٣ ــ ابتداء شخصية الانسان بتمام ولادته حيا

تبدأ شخصية الانسان فى الاصل بتمام ولادته حيا (٢٩ مدنى) ، أى يشترط لبدء شخصيته : تمام ولادته من ناحية ، مع تحقق حياته عند الولادة من ناحية ثانية .

(١) **تمام الولادة :** كان المذهب الحنفى المعمول به فى مصر ، يكتفى فى هذا الصدد بخروج أكثر المولود من أمه دون اشتراط خروجه كله [1] . ولكن المشرع المصرى ــ فىقانونالمواريثوالوصيةالصادرين سنة ١٩٤٣و١٩٤٦ على التعاقب ــ عدل عن اتباع هذا الحكم ، واخذ بحكم المذاهب الاسلامية الثلاثة الاخرى التى تشترط تمام الولادة بخروج المولود كله وانفصاله عن أمه انفصالا تاما ، وهذا أفضل حسما للامر وقطعا للمنازعات · ثم أكد التقنين المدنى الحالى هذا الحكم من بعد ، بنصه على أن « تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حيا » (م ٢٩) ·

(٢) **تحقق الحياة عند تمام الولادة :** لا يكفى لثبوت شخصية المولود تمام انفصاله عن أمه وخروجه خروجا كاملا ، وانما ينبغى ــ فضلا عن ذلك ــ تحقق حياته فعلا عند تمام الانفصال ، حتى ولو مات عقب ذلك مباشرة · فالعبرة فى ابتداء الشخصية اذن ، تكون بتوافر الحياة فى المولود لحظة واحدة هى لحظة تمام الانفصال ، دون توقف على استمرار الحياة بعد هذه اللحظة · ومن الاعراض الظاهرة لثبوت الحياة اليقينية وتحققهـا : البـكاء والصراخ

(١) أنظر كتابنا سالف الذكر ، متن وهامش «١» ص ٧١٨ .

والشهيق . فان لم يظهر شيء من هذه الإعراض ، كان للقاضى الاستهداء برأى أهل الخبرة من الاطباء لتعزيز مدى تحقق حياة المولود وقت تمام الانفصال ·

وهذا الحكم الذى يأخذ به القانون المصرى من الاكتفاء باشتراط تحقق الحياة فى المولود لحظة تمام الانفصال ، يفضل الحكم الذى يأخذ به القانون الفرنسى من اشتراط قابلية المولود للحياة viabilité فضلا عن ذلك (١) ، اذ من العسير فى العمل التثبت من هذه القابلية مما يفتح الباب واسعا لكثير من المنازعات ·

فاذا انفصل المولود اذن عن أمه انفصالا تاما وهو حى ، بدأت شخصيته ولو لم يكن قابلا للحياة . وأما اذا ولد ميتا أى وقع موته قبل تمام انفصاله ، لم تثبت له شخصية اصلا ، سواء كان موته طبيعيا أو بفعل فاعل .

وثبت واقعة الميلاد بالقيد فى السجلات الرسمية المعدة لذلك (٢) . ويجوز لكل ذى شأن أن يستخرج صورة رسمية طبق الاصل من هدا القيد · ولكن ليس لهذه السجلات ولا للصور المستخرجة منها حجية مطلقة فى اثبات واقعة الميلاد ، اذ يقتصر دور الموظف المختص على مجرد قيد ما يقدم اليه دون التحقق من مضمونه ، فيظل اثبات واقعة الميلاد — وهى واقعة مادية — جائزا بكافة الطرق (م ٢/٣٠ مدنى) . ولكن اثبات ما يتفرع على هذه الواقعة من نسب، يخضع لقواعد الاحوال الشخصية (٣) .

٢٦٤ — مركز الجنين أو الحمل

اذا كان الاصل هو ابتداء شخصية الانسان بولادته حيا على النحو السالف بيانه ، فخروجا على ذلك يثبت القانون من قبل الولادة بعض الحقوق للجنين أو الحمل ، والى هذا أشارت المادة ٢٩ — ٢ من التقنين المدنى بقولها « ...

---

(٢) ينظم هذا القيد فى مصر القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ فى شأن الاحوال المدنية (أنظر فى شرح أحكام هذا القانون عموما : عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ، فقرات ٤٢٨ — ٤٤٥ ، ص ٦٥٩ — ٦٧٨) .

(٣) انظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٢١ .

حقوق الحمل المستكن يعنيها القانون» . فيثبت له فضلاعن النسب ، الحق فى الارث (١) وفى الوصية (٢) وفى الافادة من الاشتراط لمصلحته (٣) .

ولما كانت الحقوق المتقدمة لا يتوقف ثبوتها على القبول ، فقد استخلص بعض الفقهاء من ذلك أنه ليست للجنين صلاحية لاكتساب الحقوق التى يتوقف ثبوتها على القبول ، ولذلك ذهبوا الى عدم جواز الهبة للجنين لانها تتفقد بايجاب وقبول (٤) .

وهذا النظر مؤسس على القول بأن الولاية انما تبتدىء بالولادة ، فلا يوجد للجنين ولى يملك القبول عنه . ولكن طالما أن المشرع المصرى أصبح يقرر اقامة وصى على الحمل المستكن (٥) فليس ما يبرر حرمان الحمل مما قد يوهب له بدعوى توقف الهبة على القبول ، اذ يملك هذا الوصى حينئذ — بمقتضى ولايته عليه — القبول عنه (٦) . وعلى هذا النحو ، يمكن تحديد صلاحية الجنين أو الحمل لاكتساب الحقوق ، فى القانون المصرى، بما هو نافع له نفعا محضا دون تمييز بين ما يتطلب منها القبول ومالا يتطلبه ، اذ فى حال تطلب القبول يملكه الولى أو الوصى نيابة عنه .

وبذلك تكون للحمل قبل الولادة شخصية خروجا على الاصل ، ولكنها شخصية لا تعطيه الا أهلية وجوب ناقصة أو محدودة (٧) ، لاقتصار صلاحيته أصلا على اكتساب ما ينفعه نفعا محضا من حقوق (٨) . غير أن هـــذه

---

(١) م ٢ و ٤٢ من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ .
(٢) م ٣٥ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ .
(٣) م ١٥٦ مدنى .
(٤) عبد الحى حجازى ، ص ٩٥ و ٩٦ (الهامش) و ٩٩ . — شمس الوكيل ، ص ٣٩ . — محمد سامى مدكور ، ص ٤٣ و ٤٤ . — عبد الفتاح عبد الباقى ، نظرية الحق ، ١٩٥٧ ، فقرة ٣٨ ، ص ٦٠ . — عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٥ ، فقرة ٦٥ ، ص ١٠٢ . عبد المنعم البدراوى ، ص ٥٤٤ — ٥٤٦ .
(٥) م ٢٨ / ١ و ٢ ، و م ٢٩ من قانون الولاية على المال لسنة ١٩٥٢ .
(٦) أنظر فى تفصيل ذلك كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٢٣ و ٧٢٤ .
وأنظر كذلك فى نفس المعنى :
شفيق شحاته ، فقرة ٤٨ . — اسماعيل غانم ، ص ١٥٦ و ١٥٧ .
(٧) أنظر مع ذلك فيما يذهب اليه البعض ، نتيجة الخلط بين الشخصية وأهلية الوجوب ، من القول بأن شخصية الحمل كذلك ناقصة : عبد المنعم فرج الصدة ، ص ٥٧ . — محمد سامى مدكور ، ص ٤٣ . — جميل الشرقاوى ، ص ٦٦ . — عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ٦١ عبد المنعم البدراوى ، فقرة ٣٤٨ ، ص ٥٤٦ .
(٨) وتشمل كذلك ما قد يتفرع من التزامات نتيجة ثبوت هذه الحقوق له ، كتلك الناشئة عن ادارة أمواله أو بسببها (فى هذا المعنى : سليمان مرقس ، فقرة ٢٤٢ ، ص ٣٨٢ . — كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٢٥) .

الشخصية غير باتة ، لتوقف استقرارها نهائيا على ولادته حيــا . ولذلك فالشخصية والحقوق التى تثبت للحمل صلاحية اكتسابها قبل ميلاده ، تكون معلقة على تحقق ولادته حيا ، بحيث اذا ولد حيا اعتبر شخصا وصاحبا لهذه الحقوق منذ ثبوتها له وقت الحمل(١)، واذا ولد ميتا فكأنه لم يكن ولم تتقرر له حقوق قط فيرد الموقوف له من الارث والوصية الى أصله من التركة ويقسم بين ورثة المورث الاصلى ويرد كذلك الشىء الموهوب الى الواهب .

المطلب الثانى
نهــاية الشخصـــية

اذا كانت شخصية الانسان تلازم وجوده وحياته ، فمعنى ذلك أنها لاتنتهى الا بالموت . غير أن ثمة أموالا قد يحوط الشك فيها وجود الانسان بحيث لا تعلم حياته من مماته كما هو الشأن فى المفقود ، فان غلب احتمال موته على احتمال حياته، جاز — رغم تخلف اليقين والدليل على الموت الحقيقى — الحكم باعتباره ميتا وانهاء شخصيته بالتالى . فكأن شخصية الانسان اذن لا تنتهى فى الاصل الا بالموت الحقيقى ، ولكنها — استثناء — يمكن أن تنتهى كذلك بالموت الحكمى أو التقديرى .

٢٦٥ — نهاية الشخصية بالموت الحقيقى

اذا كانت الشخصية تلازم الانسان فى حياته ، فمعنى ذلك أن انقضاءها رهن بموته، ولذلك تقضى المادة ٢٩/١ من التقنين المدنى بأن شخصية الانسان

---

(١) يراعى أن اعطاء القانون الجنين أو الحمل شخصية على هذا النحو وتأكيدها بولايته حيا على أساس اعتبار بدايتها منذ الحمل ، يشكك فى صحة الاصل المقرر من أن شخصية الانســان لا تبدأ الا منذ ولادته حيا (انظر فى هذا المعنى : مصطفى أحمد الزرقا، نظرة عامة فى الحق والالتزام ، ١٩٤٨ ، فقرة ١٠٣ ص ١٧٥ و ١٧٦ ، مشار اليه فى : عدنان القوتلى ، الوجيز فى الحقوق المدنية، ج ١، ١٩٦٠، هامش «١» ص ٤٢٣ . — منصور مصطفى منصور، مذكرات غير مطبوعة فى نظرية الحق ١٩٥٦ ، — كتابنا سالف الذكر ص ٧٢٦ . اذ ما دامت الشــخصية هى مجرد صلاحية لوجوب الحق أو الالتزام أيا كان مدى هذه الصلاحية ، وكان القانون يثبت للجنين مثل هذه الصلاحية منذ الحمل ، فان تحقق ولادته حيا لا يحدد اذن بداية شخصيته فهى مبتدأة منذ الحمل ، وانما يؤكد استقرار هذه الشخصية المبتدأة من قبل استقرارا باتا ونهائيا . ولكن لتحقق هذه الولادة أثرا هاما آخر ، هو اعتباره بداية لاتساع أهلية وجوب الانسان =

« تنتهى بموته » . وواقعة الموت ـــ كواقعة الميلاد ـــ تثبت بالقيد فى السجلات الرسمية المعدة لذلك ، ويجوز لكل ذى شأن أن يستخرج صورة رسمية من هذا القيد . ولكن ليس لهذه السجلات ولا للصور المستخرجة منها حجية مطلقة فى اثبات واقعة الموت ، فيظل اثباتها ممكنا بكافة الطرق (م٣٠ ـــ ٢ مدنى) .

واذا كانت الشخصية تنتهى بالموت على هذا النحو ، فان فقهاء الحنفية(١) خاصة كانوا يذهبون الى ابقائها ممتدة امتدادا اعتباريا بعد الموت الى حين الفراغ من تصفية التركة وسداد ديون المتوفى ، وبهذا المعنى كانوا يؤولون القاعدة الشرعية المعروفة « لا تركة الا بعد سداد الديون » . وما يزال هذا الرأى يجد له الى اليوم أنصارا عند بعض الفقهاء المصريين المعاصرين (٢) وهم يسندونه ـــ كما كان يفعل الحنفية ـــ بقوله تعالى فى أكثر آيات المواريث عقب تحديد فرائض الورثة « من بعد وصية يوصى بها أو دين » . ويسندونه ـــ فضلا عن ذلك ـــ بسند من النصوص الوضعية التى تقضى بأولوية الوفاء بالتزامات التركة ثم توزيع الباقى بعد ذلك على الورثة (٨٩٩ مدنى) ، مما يعنى عندهم أنه لا تملك للوارث الا بعد سداد الديون ، وهو ما يوجب ـــ والتركة بحقوقها وديونها لا تكون قبل هذا السداد على ملك الوارث بعد ـــ ضرورة اعتبارها على ملك المتوفى نفسه ، وهو ما لا يتأتى الا بافتراض بقاء شخصيته رغم موته وامتدادها حتى تصفية تركته .

= بعدما كانت عليه من قصور ونقصان وقت الحمل. فكأن تمام الولادة حيا شرط اذن لاستقرار ماكان نابتا للانسان منذ الحمل من شخصية غير باتة ، وشرط كذلك لبداية اتساع مدى هذه الشخصية أو أهلية الوجوب والخروج بها من دور القصور والضمور . ولذلك قد يكون من الاصح القول بأن شخصية الانسان تبدأ منذ الحمل ، ولكنها لا تصير باتة الا بولادته حيا ، وأن اهلية وجوبه تكون ناقصة وقت الحمل ، ولا يبدأ اتساعها الا منذ هذه الولادة (قارن مع ذلك : عدنان القوتلى : المرجع السابق ، هامش «١» ص ٤٢٣ ـــ ٤٢٥) . وهذا يؤكد ما سبق أن قلناه من وجوب التفرقة بين الشخصية وأهلية الوجوب (راجع سابقا ، فقرة ٢٥٩) ، فبينما تكون الشخصية ثابتة منذ الحمل ، لا تبتدىء أهلية الوجوب المتفرعة عنها فى اتساع الا بالولادة مع تحقق الحياة .

(١) راجع فى ذلك :
احمد ابراهيم ، التركة والحقوق المتعلقة بها والمواريث ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة السابعة ، ص ٣٧٠ . ـــ محمد كامل مرسى ، الميراث وتصفية التركة ، ١٩٥١ ، فقرات ٩٤ و ٩٥ . ـــ عمر عبد الله ، أحكام المواريث فى الشريعة الاسلامية ، ١٩٥٦ ، ص ٣٠ ـــ ٣٢

(٢) عبد المنعم فرج الصدة ، فقرة ٤٥ . ـــ عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ١٤٥ .

ولكن هذا الرأى يخالف صريح نص المشرع المصرى على أن « شخصية الانسان ... تنتهى بموته » (١) ، وعلى أنه « يستحق الارث بموت المورث » (٢) . وفضلا عن مخالفة النصوص الوضعية على هذا النحو ، يقوم هذا الرأى على افتراض غير مقبول ، هو افتراض حياة الشخص رغم موته. وليس من حاجة أو ضرورة تدعو الى هذا الافتراض الصارخ فى مخالفة الطبيعة والقانون ، لان الغرض من هذا الافتراض — وهو حفظ حقوق دائنى المتوفى وتحديد مسؤولية الوارث عما تركه المتوفى من ديون — يمكن تحقيقه عن طريق آخر واقعى يغنى عن هذا الطريق الافتراضى. وقد سبقت الاشارة الى هذا الطريق ، عندما قلنا أنه بوفاة الشخص تنقضى شخصيته فتؤول ذمته — بحقوقها وديونها — الى الوارث فور الوفاة دون أن تختلط بذمته الاصلية ، بحيث تتخصص هذه الذمة الموروثة — رغم اسنادها الى الوارث — بغرض معين هو تصفيتها بسداد ديونها من حقوقها .

وليس فى استناد هذا الرأى أخيرا الى الاية الكريمة والنص التشريعى الذى يفيد عدم توزيع شىء من التركة على الورثة الا بعد الوفاء بالتزاماتها ما يعززه اذ هو يحملهما ما لا يقصدان . فليس القصد مما يقرانه من أنه « لا تركة الا بعد سداد الديون » أنه لا ملكية للوارث الا بعد هذا السداد ، وبالتالى تبقى شخصية المتوفى قائمة بعد وفاته وذمته مسندة اليه حتى هذا السداد . وانما القصد منهما فحسب أن لا ملكية خالصة للوارث الا بعد سداد الديون . ويعنى ذلك أن الوارث وان كان يتملك أعيان التركة فور وفاة المورث لاستحالة اعتبارها على ملكه نظرا لانقضاء شخصيته بالوفاة ، الا أن هذه الاعيان تظل مشغولة بما لدائنى المتوفى من ديون ، فلا تخلص للوارث ملكيتها خلوصا نهائيا كاملا الا بعد تخليصها مما يثقلها من هذه الديون . وهذا مصداق ماقلناه من انقضاء شخصية المورث بالموت ، وأيلولة ذمته الى الوارث بكيانها المستقل مع تخصيصها بالتصفية وسداد الديون .

ورفض امتداد شخصية المتوفى بعد وفاته ، هو كذلك الرأى الذى يذهب اليه

---

(١) م ٢٩ / ١ مدنى .

(٢) المادة الاولى من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ .

كثير من فقهاء الشريعة الاسلامية (١) ، ويستقر عليه جمهور فقهاء القانون المصرى (٢) اليوم .

وعلى ذلك نخلص مما تقدم الى أن شخصية الانسان تنتهى حتما بموته ، فلا تمتد — ولو امتدادا اعتباريا — بعد هذا الموت .

٢٦٦ — نهاية الشخصية بالموت الحكمى أو التقديرى

اذا كان الاصل أن الشخصية تنتهى بالموت الحقيقى اليقينى ، الا أن ضرورات العمل فى بعض الاحوال التى يفقد فيها الشخص دون أن يكون فى الامكان اقامة الدليل على موته ـ رغم رجحان احتمال وفاته على احتمال حياته ـ تفرض الحكم باعتباره ميتا وانهاء شخصيته بالتالى . ولكن هذا الحكم قد ينقضه من بعد ظهور حياة المفقود .

فنعرض فيما يلى للحكم باعتبار المفقود ميتا موتا حكميا أو تقديريا ، ولأثر هذا الحكم ، ثم لما قد يحدث بعده فى بعض الاحوال من ظهور حياة المفقود .

(أ) الحكم أو القرار باعتبار المفقود ميتا وانهاء شخصيته انهاء تقديريا :

يقصد بالمفقود ذلك الغائب الذى انقطعت أخباره ، فلا يدرى مكانه ولاتعلم حياته من مماته . فهذا الشخص قد يغلب احتمال موته احتمال حياته ومع ذلك لا يمكن اقامة دليل يقينى على موته ، فلايكون من الصالح ترك أمره معلقا

---

(١) أنظر فى الاشارة الى رأى هؤلاء الفقهاء وهم جمهور الشافعية والحنابلة : أحمد ابراهيم ، المقالة السابقة ، ص ، ٣٧١ وما بعدها . — محمد كامل مرسى ، المرجع السابق ، فقرة ٩٦ . — عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٣٢ و ٣٣ .

ويستند هؤلاء الفقهاء الى حديث « من ترك مالا أو حقا ، فلورثته » ، والى أن الموت سبب للتوريث وانتقال ملكية أعيان التركة الى الورثة ، فيجب أن تتحقق هذه النتيجة فور حدوث السبب اى فور الوفاة ، اذ الامور لا تتراخى عن أسبابها ، والى أن تعلق الدين بالمال لا يزيل الملك كما هو الشأن فى حق المدين الراهن والمدين المفلس .

(٢) شفيق شحاته ، فقرة ٥٢ . — محمد سامى مدكور ، ص ٤٩ . — اسماعيل غانم ، ص ١٥٧ . — محمد على عرفة ، أسباب كسب الملكية ، ١٩٥٥ ، فقرة ٣٩١ . — عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ج ٤ ، ١٩٦٠ ، فقرة ١٩٢ ، ص ٣٤٥ . — عبد المنعم البدراوى، فقرة ٣٥٠، ص٥٤٨ . — كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٢٩ و٧٣٠ ، ودروسنا (على الآلة الناسخة) فى مصادر الحقوق العينية الاصلية ، ١٩٦٤ ، ص ٣٣ — ٣٧ .

وقارن مع ذلك فيما يذهب اليه بعض الفقهاء — مع رفضهم القول بامتداد شخصية المتوفى بعد وفاته — من اعتبار التركة شخصا معنويا يتملك أموال المتوفى ويلتزم بديونه حتى تسدد : عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ٣٩ (أنظر فى مناقشة هذا الرأى ورفضه : كتابنا سالف الذكر ، هامش «٢» ص ٧٣٠) .

وشخصيته ممتدة الى ما لا نهاية ، بل يجب حسم مركزه الغامض بالترخيص للقاضى فى الاصل باعتباره ميتا ، بحيث تنقضى شخصيته بالموت التقديرى لا بالموت الحقيقى خلافا للاصل فى انتهاء الشخصية .

وقد اخذ المشرع المصرى بذلك ، فأحال فى المادة ٣٢ من التقنين المدنى فى شأن المفقود على الاحكام المقررة فى قوانين خاصة ، فان لم توجد فأحكام الشريعة الاسلامية . والواقع ان المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ — وهو مأخوذ عن فقه الشريعة الاسلامية دون تقيد بمذهب بعينه من مذاهبه (١) — سبق أن نظم أحكام المفقود بنصه فى المادة ٢١ منه على أن « يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده . وأما فى جميع الاحوال الاخرى ، فيفوض أمر المدة التى يحكم بموت المفقـود بعدها الى القاضى ، وذلك كله بعد التحرى عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة الى معرفة ان كان المفقود حيا أو ميتا » . وهذا النص يكشف عن امكان انهاء شخصية المفقود ر رغم عدم التيقن من موته — بحكم قضائى يصدر باعتباره ميتـا موتا تقديريا فى حالتين :

١ — **حالة غلبة الهلاك:** اذا كانت غيبة المفقود واختفاؤه فى ظروف يغلب عليه فيها الهلاك ، كما اذا حصل الفقد فى حرب أو كارثة كزلزال أو بركان أو فيضان أو حريق ، فان المشرع يأخذ هذا الاحتمال الغالب بالهلاك — اذا ترجح بمضى أربع سنوات على الفقد — أمارة وقرينة على وفاة المفقود ،فيكون للقاضى أخذا بهذه القرينة القانونية — بناء على طلب ذوى الشأن ، وبعد التحرى بجميع الطرق الممكنة — الحكم باعتبار المفقود ميتا بعد مضى هذه المدة .

واذا كان الاصل أن القاضى هو الذى يحكم بموت المفقود ، فخروجا على ذلك ، يخول المشرع المصرى وزير الحربية سلطة اصدار قرار باعتبار المفقودين من أفراد القوات المسلحة أثناء العمليات الحربية موتى بعد مضى أربع سنوات على فقدهم . ويقوم هذا القرار مقام الحكم القضائى بذلك (٢) .

---

(١) أنظر كتابنا سالف الذكر ، متن ص ٧٣١ ، وهامش «١» و «٢» ص ٧٣١ — ٧٣٢ .

(٢) القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٥٨ ، المعدل للمادتين ٢١ و١٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

٢ ـ **حالة عدم غلبة الهلاك:** اذا كانت غيبة المفقود واختفاؤه فى ظروف لا يغلبفيها هلاكه، كمن سافر لتجارة أو طلب علم أوسياحة، ثم انقطعتأخباره ولم تعلم حياته من مماته ، فان الامر متروك الى القاضى يستخلص من قرائن الاحوال المدة التي يترجح بانقضائها احتمال موت المفقود على احتمال حياته (١) ، وذلك بعد التحرى بجميع الطرق الممكنة الموصلة الي تعرف مصيره ·

(٢) اثر الحكم باعتبار المفقود ميتا : اذا حكم باعتبار المفقود ميتا ، فانه يأخذ فىالاصل اعتبارا حكم الميت موتا حقيقيا وتنتهىشخصيته بالتالى منتاريخ صدور هذا الحكم · ولكن هذا الاصل غير مطلق ، بل يرد عليه استثناء يقضى باعتبار المفقود ميتا ـ فى حالة معينة ـ من تاريخ الفقد لا من تاريخ الحكم · فنعرض لبيان الاصل والاستثناء فيما يلى ·

١ ـ **اعتبار المفقود فى الاصل ميتا من تاريخ الحكم :** الاصل أن الحكم القاضى باعتبار المفقود ميتا حكم منشىء لهذا الموت الاعتبارى وليس كاشفا له · ولذلك فان أثره من انهاء شخصية المفقود ومعاملته معاملة الميت الحقيقى ، لا يتحقق الا من تاريخ هذا الحكم وليس قبله · وتتفرع على ذلك نتيجتان هامتان ، هما :

(١) تظل شخصية المفقود قائمة قبل صدور الحكم باعتباره ميتا ، ولكنها تكون شخصية احتمالية ، فيعامل فى الفترة من تاريخ الفقد الى صدور الحكم على هذا الاساس · فتبقى أمواله على ملكه ، ولكن يعين وكيل أو قيم للمحافظة عليها وادارتها وتولى شؤونه (م ٧٤ — ٧٦ من قانون الولاية على المال) . وتظل زوجته على حكم الزواج منه ، الا أن يقضى القاضى ـ بناء على طلبها ـ بالتطليق أو التفريق (٢) لتضررها من غيبته . ويوقف له نصيبه المستحق له من ميراث أو وصية (م ٤٥ من قانون المواريث) ، حتى يستبين مصيره .

---

(١) واضح أن هذه المدة لا يجوز أن تقل عن المدة المحددة للحكم باعتبار المفقود ميتا فى حالة غلبة الهلاك .

(٢) يحكم القاضى ــ بناء على طلب الزوجة ــ بالتطليق اذا غاب الزوج سنة أو أكثر بلا عذر مقبول ، ولو كان له مال تستطيع الزوجة الانفاق منه (م ١٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩) . أما لدى الاقباط الارثوذكس المصريين ، فلا يحكم القاضى بالتطليق الا باستمرار الغيبة خمس سنوات متوالية (أنظر : توفيق فرج ، أحكام الاحوال الشخصية لغير المسلمين ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٤ ، ص ٤٨٣ — ٨٤٥) .

(٢) تنتهى شخصية المفقود ابتداء من تاريخ صدور الحكم باعتباره ميتا ، ويعامل من هذا التاريخ معاملة الميت موتا حقيقيا · فتنقضى فى الاصل الرابطة الزوجية التى تربطه بزوجته ، بحيث يحل لها الزواج من غيره (١) بعد انقضاء عدة الوفاة (٢) . وتفتح تركته ، وتوزع أمواله على ورثته الموجودين وقت صدور الحكم (٣) ، ولا شيء لمن مات منهم قبل صدوره .

٢ ـ معاملة المفقود ـ استثناء ـ معاملة الميت من تاريخ الفقد فى شأن الموقوف له من ارث أو وصية : كان مقتضى الاصل المقرر ، من انتهاء شخصية المفقود واعتباره ميتا من تاريخ صدور الحكم بذلك، أن يدخل النصيب الموقوف له من أرث أو وصية ـ لاستحقاقه حال فقده ـ فى تركته ، ويوزع ـ كباقى أمواله ـ على ورثته الموجودين وقت هذا الحكم · ولكن المشرع المصرى يخرج على الاصل ، فيقرر ردهذا النصيب الى من يستحقه من ورثة المورث أو الموصى الموجودين وقت موت هذا المورث أو الموصى (٤) ليوزع فيما بينهم . ويعنى ذلك معاملة المفقود ـ فى شأن هذا النصيب ـ كما لو كان ميتا من تاريخ الفقد ، لا من تاريخ الحكم بموته (٥) . ويبرز ذلك بأن حياة المفقود طوال فترة الفقد ليست الا مجرد حياة احتمالية ، لاتكفى لتوريثه أو استحقاقه وصية من غيره ،

---

(١) ما لم تمنع قواعد الاحوال الشخصية لبعض الطوائف غير الاسلامية من ذلك .
(٢) م ٢٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .
(٣) م ٢٢ ق المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .
(٤) م ٤٥ من قانون المواريث لسنه ١٩٤٣ .
(٥) ولذلك يقال ان المفقود يعامل فى فترة الفقد معاملة الميت فى حق أو مال غيره اى فى شان الحقوق التى تضر غيره ، على خلاف المقرر من معاملته معاملة الحى فى حق نفسه أو ماله اى فى شأن الحقوق التى تضره هو . واختلاف الحكم على هذا النحو المقرر فى القانون المصرى يوافق مذهب الحنفية والمالكية . ولكننا نفضل رأى الشافعية والحنابلة فى اعتبار المفقود ميتا من تاريخ الحكم بموته فى كل الاحوال ، سواء بالنسبة لما يضره كارث الغير منه أو لما يضر غيره كارثة من الغير . اذ من الواضح أن الاصل فى الانسان الحى استمرار حياته حتى يقوم الدليل على العكس ، سواء كان دليلا يقينيا بالموت الحقيقى ، أو دليلا حكميا بالموت الاعتبارى . ولذلك يكون الحكم الصادر باعتبار المفقود ميتا حكما منشئا لا كاشفا لموته الاعتبارى، مما يوجب عده من الاحياء قبل صدور الحكم وعدم احتسابه من الاموات الا من تاريخ صدوره . دون تفرقة فى ذلك بين ما يضره وبين ما يضر غيره من الحقوق . والقول بغير ذلك واحتساب المفقود ميتا من تاريخ فقده فى شأن ما يضر غيره من الحقوق ، معناه قلب الاصل واعتبار المفقود ميتا حتى يثبت العكس ، واعطاء الحكم باعتبار المفقود ميتا بالتالى صفة كاشفة ليست له (راجع فى تفصيل هذا الانتقاد ، كتابنا سالف الذكر . هامش «٢» ص ٧٣٤ ـ ٧٣٥) .

حيث الشرط لاستحقاق الارث أو الوصية تحقق حياة الوارث أو الموصى له وقت موت المورث أو الموصى (١) .

(٣) ظهور حياة المفقود : لما كان الحكم بموت المفقود هو حكم اعتبارى لا حقيقى ، فالاصل أن يسقط هذا الحكم هو وآثاره اذا عاد المفقود أو ظهرت حياته ، ولكن على أن لا يضر هذا السقوط بحقوق الغير ·

١ ــ فى شأن الرابطة الزوجية : الاصل أنه اذا عادالمفقود أوظهرت حياته، فتعود زوجته اليه ، وتعتبر الرابطة الزوجية مستمرة كأن لم تنحل بمقتضى الحكم السابق باعتباره ميتا · ولكن قد تكون زوجته تزوجت من غيره بعد هذا الحكم ، مما يوجب الترجيح بين حق الزوج الاول عليها وحق الزوج الثانى · وقد غلب المشرع المصرى حق الزوج الثانى اذا كان حسن النية لا يعلم بحياة المفقود ، وقد وقع زواجه صحيحا بعد انقضاء عدة وفاة المفقود ، وتم بمقتضاه الدخول بزوجة المفقود فعلا ، بحيث اذا توافرت هذه الشروط لا تعود الزوجة الى المفقود بعد ظهوره. اذ نصت المادة ٨ من القانونرقم ٢٥ لسنة١٩٢٠على أنه «اذا جاء المفقود أو لم يجىء وتبين أنه حى، فزوجته له ما لم يتمتع الثانى بها غير عالم بحياة الاول . فان تمتع بها الثانى غير عالم بحياته ، كانت للثانى ما لم يكن عقده فى عدة وفاة الاول » (٢) .

ولكن اذا لم تتوافر الشروط التى يتطلبها المشرع لتغليب حق الزوج الثانى ، فتعود زوجة المفقود اليه . ويتحقق ذلك اذا وقع عقد الزواج الثانى فى عدة الوفاة التقديرية للمفقود اذ يكون الزواج باطلا، أو وقع بعدانقضاء العدةولكن عاد المفقود قبل تمام الدخول اذ صلة الزوجية لم تصر واقعية بعد ، أو وقع بعد انقضاء العدة وتم الدخول قبل عودة المفقود ولكن كان الدخول عن علم من الزوج الثانى بحياة المفقود اذ لا ينفعه سوء قصده فيكون مردودا عليه .

---

(١) عمر عبد الله ، المرجع السابق ، هامش ص ٢٢٧ ·

(٢) أنظر مع ذلك فى انتقاد هذا النص :
اسماعيل غانم ، ص ١٦٠ ·

٢ — **فى شأن الاموال :** اذا عاد المفقود أو ظهرت حياته ، فالاصل أن له استرداد أمواله التى وزعت على ورثته ، واسترداد النصيب الذى كان مستحقا لمن ارث أو وصية والذى ارتد بعد الحكم باعتباره ميتا الى ورثة المورث أو الموصى.ولكن خروجا علىهذا الاصل، يمتنععلى المفقود استردادما استهلكه الورثة من هذه الاموال أو هذا النصيب أو ما تصرفوا فيه الى الغير ، فلا يكون له الا استرداد الباقى فى أيديهم فحسب ٠ وهذا الحكم الاستثنائى مقرر رعاية لحق الورثة ولحق الغير ، فالورثة انما ملكوا أموال المفقود وأذنوا بالتصرف فيها بمقتضى سند شرعى هو الحكم أو القرار الصادر باعتبار المفقود ميتا ، فلا ضمان عليهم ولا على من تصرفوا اليه بالتالى (١) .

المبحث الثـــانى
مميزات الشخصـــية

٢٦٧ — تمهيد وتقسيم

لشخصية الانسان علامات معينة تصاحب الانسان وتتيح تمييزه عن غيره ٠ وهذه العلامات أو المميزات يردها الفقه الى ثلاث : الحالة التى تحدد مركزه الاساسى بالنسبة الى الدولة والاسرة وأحيانا الى الدين ، والاسم الذى يتيح التعرف على ذاته ، والموطن أو المقام الذى يتيح العثور على مكانه ٠ فنعرض لكل من هذه المميزات فى مطلب على التوالى .

المطلب الاول
الحـــــالة
L'état

٢٦٨ — تحديد الحالة (٢)

من أكثر الاصطلاحات القانونية ابهاما وعموما اصطـلاح « الحالة » ،

---

(١) فى هذا المعنى :
عبد الوهاب خلاف ، أحكام الاحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية ، الطبعة الثانية ، ١٩٣٨ ، ص ٢٦٢ . — عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٢٢٥ ، أحكام الشريعة الاسلامية فى الاحوال الشخصية ، ص ٤٦٢ .

(٢) أنظر فى ذلك بصفة خاصة :
Capitant, op. cit., No. 111. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 13. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 462. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 335.

فالتعريفات الجارية له واسعة مرنة تسمح بصرفه الى مدلولات مختلفة مما يشيع الخلط بين الحالة وبين غيرها من الافكار المشابهة أو المقاربة ٠

ولن ندخل فى تفصيل هذه التعريفات أو أصل فكرة « الحالة » وتطورها القانونى (١)، بل يكفى — فى سبيل ضبط اصطلاح «الحالة» وتحديد مدلوله — الابتداء بالمسلم فى الفقه من حصر نطاقه فى المركز الوطنى أو السياسى والمركز العائلى أساسا والمركز الدينى أحيانا ، ثم ملاحظة أمرين فى شأنه: الاول، أن هذه المراكز تنشأ للانسان وتتحدد بالميلاد منذ ابتداء الشخصية ، مما يعنى أنها أساسية وضرورية لها ، وهو ما يجعلها — رغم ما قد يطرأ على عناصرها من تغيير — ملازمة للشخصية طوال امتدادها (٢) . والثانى ، أن اهتمام القانون بالنظر الى الانسان بوصفه عضوا فى جماعة سياسة نظامية هى الدولة وجماعة عائلية هى الاسرة وأحيانا فى جماعة أو مجموعة دينية كالجماعة أو المجموعة الاسلامية أو المسيحية ، مرده الى ما لكل هذه الجماعات أو المجموعات من قيمة اجتماعية أساسية كدعامة من دعامات المجتمع ، بحيث يعتبر تحديد مركز الفرد من حيث الانتماء اليها مسألة أولية يجب الفصل فيها ابتداء لتحديد حقوقه أو التزاماته من بعد على ضوء ذلك . ومن هنا نستطيع تحديد الحالة بأنها ما يلازم الشخصية من مركز للفرد كعضو فى الجماعات أو المجموعات ذات القيمة الاجتماعية الاساسية (٣)، وهو ما يجعل منها حجر الاساس لما يثبت للافراد بناء عليها من حقوق والتزامات تختلف بينهم باختلاف حالاتهم ٠ وعلى هذا النحو ، تتيح الحالة تحديد مدى أهلية وجوب الفرد ضيقا أو اتساعا ، مما يعنى وجوب التمييز بين الحالة وأهلية الوجوب (٤) واعتبار

---

(١) انظر فى ذلك كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٣٧ و ٧٣٨ ٠

(٢) فى هذا المعنى :
Aubry et Rau, t. I, No. 52, p. 303. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, Nos. 13, 16. — Càpitant, No. 111, p. 154.

(٣) كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٣٩ ٠

(٤) انظر فى ذلك :
Aubry et Rau, t. I, Nos. 52, 304, note (3). — Capitant, p. 152, note (2).

الثانية مؤسسة على الاولى ومحددة بها · وأما أهلية الاداء فتحددها كما سنرى عناصر ــ كالعقل والارادة ــ لا شأن لها بالحالة ولا تأثير لها عليها فى الاصل (١) .

واذا كانت الحالة تعنى المركز الملازم للفرد باعتباره عضوا فى جماعة أو مجموعة ذات قيمة اجتماعية أساسية ، فان نطاق الحالة قد يتفاوت اذن بتفاوت النظر الى هذه القيمة ونسبيتها فى الشرائع المختلفة . ولذلك كانت الحالة فى القانون الرومانى تشمل مركز الفرد من الحرية بانتمائه الى مجموعة الاحرار أو الارقاء ، وهى تشمل حتى فى بعض الشرائع الحديثة المركز العنصرى للافراد بانتمائهم الى مجموعة جنس من الاجناس (٢) . ولكن الانتماء الى مجموعة الدولة والاسرة كان دائما من عناصر الحالة فى مختلف الشرائع ، ويعتبر القانون المصرى ــ بالاضافة الى ذلك ــ الانتماء الى الدين من هذه العناصر · فنعرض لهذه العناصر الثلاث فيما يلى ·

(١) الحالة السياسية أو الجنسية

٢٦٩ ــ أهمية الحالة السياسية

يقصد بالحالة السياسية مركز الشخص من حيث انتسابه الى دولة معينة وارتباطه بها ــ كعضو من أعضائها ــ برابطة التبعية والولاء أو ما يسمى الجنسية (La nationalité).

وللحالة السياسية أو الجنسية أهمية كبرى من حيث تحديد حقوق الشخص وواجباته ونشاطه القانونى · فالاصل أن الاجانب يحرمون من التمتع ببعض الحقوق التى يتمتع بها الوطنيون ، ويعفون من بعض الواجبات التى تقع على كاهل الوطنيين · فليس للاجانب مثلا حق التمتع بالحقوق السياسية ، كحق

---

(١) فى هذا المعنى :
Josserand, op. cit., t. I, No. 244. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 466.

(٢)
Colin, Capitant et De La Morandière, t. I, p. 123. note (2) — Mazeaud, t. I, No. 465. — Ripert et Boulanger, t. I, No. 393.

الترشيح أو الانتخاب فى المجالس النيابية ، وحق تولى الوظائف العامة . وهم يعفون مثلا من أداءواجب الخدمة العسكرية الذى يلزم به الوطنيون وحدهم. وحتى فيما يتعلق بالحقوق المدنية ، قد يضيق مد ىتمتع الاجانب بها ومدى نشاطهم القانونى عما يكون مسموحا به للوطنيين فى شأنها · فكثير من التشريعات تحرم الاجانب من حق تملك العقارات عامة أو الاراضى الزراعية خاصة ، أو تحظر عليهم امتهان مهن حرة معينة كالطب والمحاماة · غير أنه ينبغى أن يراعى ألا يكون اختلاف الحالة السياسية أو الجنسية بين الاشخاص سببا للحرمان من الحريات والحقوق الضرورية فى الحياة ، فيوجد حد أدنى من الحريات والحقوق ـ هى عادة الحريات العامة أو الحقوق اللصيقة بشخصية الانسان وكل الحقوق اللازمة للحياة الطبيعية العادية ـ تقضى قواعد القانون الدولى العام بوجوب توفيرها وكفالتها للاجانب .

٢٧٠ ــ الجنسية الاصيلة والجنسية الطارئة (١)

والحالة السياسية أو الجنسية ، اما أصيلة أو أصلية للشخص بسبب ميلاده ومنذ هذا الميلاد ، واما مكتسبة أو طارئة تثبتللشخص منبعد ميلاده ولسبب آخر غير الميلاد ·

أما **الجنسية الاصيلة** ، فاما أن تفرض على أساس رابطة أو حق الدم (jus sanguinis) ، وأما أن تفرض على أساس رابطة او حق الاقليم (jus soli). · ومعنى فرض الجنسية على أساس رابطة الدم ، اعطاء الولد جنسية أبيه أساسا أو جنسية أمه أحيانا · ومعنى فرضها على أساس رابطة الاقليم ، اعطاء جنسية الدولة لمن يولد علىاقليمها. وظاهرأنالاساس الاول القائم على وحدة الاصل هو الطبيعى والاقوى بالقياس الى الاساس الثانى القائم على وحدة الاقليم ، ولذلك فان الالتجاء الى الاساس الثانى فى

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Niboyet, Traité de droit international privé français, 3e. éd., t I, 1947, Nos. 88 - 119.

فرض الجنسية الاصلية يكون عادة فى الدول التى لا يسعفها أساس وحدة الاصل فى تكثير رعاياها ٠

ويأخذ المشرع المصرى كقاعدة عامة برابطة او حق الدم كأساس لفرض الجنسية ، بحيث يعتبر مصريا كل من ولد لاب مصرى (م ٢ ـ أولا من قانون الجنسية رقم ٨٢ لسنة ١٩٥٨) ، وذلك بصرف النظر عن محل ميلاده داخل مصر أو خارجها . ولكنه يأخذ فى حالات خاصة برابطة أو حق الاقليم ، فيقرر مثلا اعطاء جنسية الدولة لمن يولد فى أراضيها من والدين مجهولين (م/٢ ـ ثالثا من القانون سالف الذكر) .

وأما الجنسية الطارئة بعد الميلاد ولغير سببه ، فهى التى تكتسب عادة عن طريق الزواج أو التجنس . فكثير من الشرائع يقر اكتساب الزوجة الاجنبية جنسية زوجها اما اكسابا مطلقا أو مشروطا ، ويأخذ القانون المصرى بفكرة الاكساب المشروط (م ٣ ـ من القانون سالف الذكر) ٠ وتبيح كل الشرائع ومن بينها القانون المصرى جواز منح الجنسية الى الاجانب بناء على طلبهم اذا توافرت شروط معينة ، فيكتسبونها اذن بالتجنس ٠ ولكن الغالب أن لا يتمتع المتجنس فور تجنسه بكل حقوق الوطنيين ، فيحرم عليه التمتع ببعضها ـ وخاصة الحقوق السياسية ـ طوال فترة معينة من تجنسه ، وكذلك الشأن فيمن يكتسب الجنسية بالزواج (م ١٦ من القانون سالف الذكر) ٠

(٢) الحالة العائلية أو القرابة

يقصد الحالة العائلية مركز الشخص فى أسرة معينة كعضو فيها تربطه بباقى أعضائها رابطة وثيقة من قرابة النسب ووحدة الاصل ، وقد تربطه بأعضاء أسر أخرى كذلك رابطة من قرابة المصاهرة .

٢٧٠ ـ قرابة النسب

يقصد بقرابة النسب الصلة القائمة بين الاشخاص بناء على دم وأصل مشترك (م ٣٤ مدنى) سواء كانت قرابة مباشرة أو قرابة حواش .

والقرابة المباشرة هى التى تقوم على تسلسل عمودى بين من تجمعهم وحده الدم، أى هى «الصلة ما بين الاصول والفروع » (م ١/٣٥ مدنى) . أما **قرابة الحواشى** ، فهى الصلة التى تقوم بين من يجمعهم أصل مشـــترك دون تسلسل عمودى بينهم ، أى دون أن يكون أحـــدهم فرعا للاخـــــر (م ٢/٣٥ مدنى) . وعلى ذلك فالقرابة بين كل من الابن والاب (أو الام) والجد قرابة مباشرة . اذ الاول فرعللثانى ، والثانى فرعللثالث . بينما تعتبر قرابة حواش : القرابة بين الاخ وأخيه ، وبين الشـــخص وعمـــه أو عمته أو أبنـــاء عمه أو عمته ، أو بين الشخص وخاله أو خالته أو أبنـــاء اخواله وخالاته ، فانه ان كان هناك أصل مشترك يجمعهم ، الا أنه ليس أحدهم فرعا أو أصلا للآخـــر .

ويراعى فى حساب درجات القرابة بنوعيها وجوب اسقاط الاصل أوالاصل المشترك (على حسب الاحوال) دائما ، واعتبار كل فرع فيما عدا ذلك درجة (م ٣٨ مدنى) (١) . ففى القرابة المباشرة ، يعتبر الابن فى الدرجةالاولى من القرابة لابيه أو لامه ، لان الابن فرع وهذه درجة والاب أو الام أصل فلا يحسب درجة ، وكذلك يعتبر ابن الابن فى الدرجة الثانية من القرابة لجده (أو جدته) ، اذ يحسب ابن الابن درجة والابن درجة باعتبارهما فرعين فتلك درجتان ، ولا يحسب الجد (أو الجدة) باعتباره أصلا . وفى قرابة الحواشى يعتبر الاخ فى الدرجة الثانية لاخيه ، اذ هو درجة باعتباره فرعا ، والاب لا يحسب درجة لانه الاصل المشتركبين الاخوين،والاخ الاخر يحسبدرجة لانه فرع . وكذلك يعتبر ابن العم قريبا من الدرجة الرابعة : فهو فرع فيحسب درجة ، ثم أبوه فرع كذلك فيحسب درجة هو الاخر ، ثم الجد ولا يحسب درجة لانه الاصل المشترك بين أبناء العم ، ثم ننزل الى الاب من ناحية الفرع الاخر فنحسبه درجة ، ثم ابنه فيحسب درجة كذلك ، فتلك اذن أربع درجات .

---

(١) والحساب بهذه الكيفية هو نفس ما كانت تأخذ به محكمة النقض المصرية فى ظل التقنين القديم رغم عدم وجود نص فيه فى هذا الشأن . (نقض ٢٣ نوفمبر ١٩٤٤ ، مجموعة عمر ، ج٤، رقم ١٦١ ، ص ٤٥٢) . وهو يتفق كذلك مع المقرر فى القانون الفرنسى ، أنظر :
Carbonnier, Droit civil, t. I, 1962, No. 197, pp. 603 - 606.

٢٧١ ـ قرابة المصاهرة

ينشىء الزواج قرابة بالمصاهرة بين الزوج وأقارب الزوج الاخر (م ٣٧ مدنى) ، ولكن دون أن تمتد هذه القرابة لتربط كذلك بين هؤلاء الاقارب وبين أقارب الزوج · وفى حساب درجة هذه القرابة ، تكون العبرة بدرجة قرابة النسب بين أحـــد الزوجين وأقاربه ، فيعتبر الزوج الاخر فى نفس درجة القرابة ـ ولكن بسبب المصاهرة ـ لهؤلاء الاقارب · ومن هنا ، فأخو الزوجة قريب من الدرجة الثانية بالمصاهرة للزوج ، وابن عمها قريبه بالمصاهرة من الدرجة الرابعة ، وأبو الزوج قريب بالمصاهرة من الدرجة الاولى للزوجة ، وهكذا ···

٢٧٢ ـ اهمية القرابة

تبدو أهمية القرابة ، وخاصة قرابة النسب ، فى تحديد حقوق الشخص والتزاماته العائلية ـــ بحسب مركزه فى الاسرة ـــ قبل باقى أعضائها.فبوصفه أبا ، تجب عليه النفقة لاولاده ويكون له عليهم حق التأديب والولاية · وبوصفه ابنا ، عليه واجب الخضوع للسلطة الابوية وله على الاب حق التربية والنفقة · وبصفته زوجا ، عليه واجب الانفاق على الزوجة وله عليها حق التأديب والطاعة وأحيانا حق الطلاق . وبوصف الشخص زوجة ، عليهـــا واجب الطاعةللزوج والقرار فى بيت الزوجية ولها حق المهر والنفقة · وبوصف الشخص أما أو جدة أو أختا أو بنت أخت أوخالة أو أبا أوجدا صحيحا او أخا أو ابن أخ أو عما ، يكون له ـــ حسب مراتبالاولويةالمقررة ـــ حقحضانة الصغير (١) .

وتبدو كذلك اهمية القرابة ودرجتها ـــ سواء كانت قرابة نسب أو قرابة مصاهرة ـ واضحة فى كثير من الاوضاع القانونية ، حين يعتد القانون بالقرابة فيحد ـ على أساسها ـ من مدى حقوق الافراد ونشاطهم القانونى ·

---

(١) أنظر فى الحضانة واصحابها ومراتبهم فى الشريعة الاسلامية :
عمر عبد الله ، أحكام الشريعة الاسلامية فى الاحوال الشخصية ، ص ٤٢٩ وما بعدها .

ومن أمثلة ذلك منع الاخذ بالشفعة اذا وقع البيع بين الزوجين أو بين الاصول والفروع أو بين الاقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الاصهار لغاية الدرجة الثانية (م ٩٣٩ — ب مدنى) . وكذلك اعتبار القاضى — بعدا به عن مواطن الشبهات — غير صالح لنظر الدعوى ممنوعا من سماعها — ولو لم يرده أحد الخصوم — اذا كان قريبا أو صهرا لاحد الخصوم الى الدرجة الرابعة أو كان له أو لزوجته أو لاحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب مصلحة فى الدعوى القائمة (م ١٤٦ مرافعات جديد) ·

وتبدو أهمية القرابة كذلك فى شأن الزواج عند تحديد المحرمات من النساء ، سواء بسبب قرابة النسب أو قرابة المصاهرة (١) .

ولعل من أهم ما يترتب على القرابة الحق فى الارث والحق فى النفقة · غير أنه يراعى أن هذين الحقين لا يترتبان عادة على أساس قرابة المصاهرة ، وانما يترتبان على أساس قرابة النسب وصلة الزوجية ·

(٣) الحالة الدينية

٢٧٤ — اعتداد القانون المصرى بالحالة الدينية اعتداد استثنائى

قلنا ان الشرائع الحديثة فى مجموعها انما تنظر الى حالة الشخص السياسية والعائلية ، أى تنظر الى حالته من حيث انتمائه الى دولة معينة ، ومن حيث ارتباطه بأسرة معينة. غيرأن بعض القوانين الحديثة، ومنها القانون المصرى ، ما زالت تنظر فضلا عن ذلك — فى حالات استثنائية — الى حالة الشخص الدينية من حيث انتمائه الى عقيدة دينية معينة . ولعل مرد ذلك الى ما كان للحالة الدينية فى القديم من أهمية كبرى فى تحديد المركز القانونى للشخص ، اذ كان الانتماء الى الدين حينئذ بمثابة الانتماء اليوم الى الدولة برابطة الجنسية ، فكانت الحالة الدينية اذن تقوم مقام الحالة السياسية .

---

(١) راجع فى المحرمات من النساء فى الشريعة الاسلامية :
عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٩٢ — ١٠٥ .

فالمبدأ المسلم اليوم فى القانون الحديث اذن هو احلال الحالة السياسية محل الحالة الدينية فى تحديد المركز القانونى للشخص واكتسابه للحقوق وتحمله بالالتزامات ، مما ينفى كل أثر لاختلاف الدين فى تحديد مدى أهلية الوجوب بين الوطنيين ، غير أن هذا المبدأ العام يرد عليه فى القانون المصرى بعض استثناءات توضع الحالة الدينية فيها موضع اعتبار عند تحديد المركز القانونى للشخص ، اذ ما يزال سلطان الدين قويا فى نظر المجتمع المصرى. ولذلك يعطى هذا القانون للجماعات أو المجموعات الدينية المختلفة فيه قيمة اجتماعية أساسية تبرر التمييز بين الاشخاص ـ على الاقل فى نطاق محدود ـ بحسب انتمائهم كأعضاء الى مثل هذه الجماعات أو المجموعات المختلفة .

فما زال المصريون مثلا ـ كما سلف البيان ـ يخضعون فى بعض مسائل الاحوال الشخصية لشرائعهم الدينية المختلفة ، مما يستتبع اختلاف مراكزهم القانونية وتفاوت تمتعهم بالحقوق والواجبات المتعلقة بهذه المسائل بحسب تفاوت الاديان بينهم . ومن ذلك ما تقرره الشريعة الاسلامية من عدم التوارث بين مسلم وغير مسلم . وما تقرره كذلك للزوج المسلم من حق الزواج بأكثر من واحدة حتى أربع ، بينما يقتصر حق غير المسلمين على الزواج من واحدة ، وما تحرمه الشريعة الاسلامية كذلك من زواج المسلمة بغير مسلم ، وما تبيحه للمسلم من زواج غير مسلمة من أهل الكتاب . غير أن هذه كلها حالات استثنائية لا تلغى المبدأ العام المقرر فى القانون المصرى من تساوى الوطنيين جميعا فى الحقوق والواجبات وعدم تأثير الحالة الدينية فى المركز القانونى للشخص .

المطلب الثانى

الاسم (١)

Le Nom

٢٧٥ — تحديد الاسم ، وأهميته ، وطرق اكتسابه

قلنا ان كل انسان يتمتع بشخصية فى نظر القانون · غير أن شخصية كل انسان يجب أن تتميز بوسيلة أو علامة معينة تفرق بينه وبين الناس ، فمن صالح الجماعة ومن صالح الاشخاص أنفسهم وجود مثل هذه الوسيلة أو العلامة للتمييز بين الاشخاص وتعيين كل منهم بما يمنع اختلاطه واشتباهه بغيره ، وهذه الوسيلة أو العلامة ان هى الا الاسم : فلكل شخص اذن اسم معين يعرف ويتميز به بين الاشخاص فى الجماعة ·

وحينما نعرض للاسم باعتباره أحد مميزات الشخصية الطبيعية ، فانما نقصد الاسم بالمعنى الواسع الذى يشمل اللقب والاسم الخاص أو الشخصى معا ، ولا نقصد الاسم بالمعنى الضيق الذى يقتصر على الاسم الشخصى وحده (٢) . ويقصد عادة باللقب (Nom patrontmique ou nom de famille) اسم الاسرة التى ينتمى اليها الشخص ، اذ يشترك فى حمله جميع أفراد الاسرة . أما الاسم الشخصى (Prénom) ، فهو الذى يضاف الى اللقب للتمييز بين أفراد العائلة الواحدة الذين يحملون نفس اللقب · وبلك يكون الاسم — بالمعنى

---

(١) راجع فى ذلك بخاصة :
Capitant, op. cit., Nos. 128 - 132. — Nerson, thèse précitée, Nos. 9-16, pp. 30 - 46. — Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, Nos 96 - 136, pp. 115 - 174. — Mazeaud, t. I, Nos. 531 - 566. —Marty et Raynaud, t. I, Nos. 944 - 966. — Ripert et Boulanger, t. I, Nos. 876 - 919.

وكتابنا سالف الذكر ، فقرات ٢٨٦ — ٢٩١ ، ص ٧٥٠ — ٧٦٩ ·

(٢) انظر فى استعمال المشرع المصرى اصطلاح « الاسم » تارة بهذا المعنى وتارة بذاك : م ٢٨ و ٥١ مدنى ·

الواسع — علامة على الشخص وعلى الاسرة التى ينتمى اليهـا فى نفس الوقت (١) .

والاصل أن اللقب يلحق الشخص عن طريق النسب ، فيأخذ الولد لقب أبيه ولكن جرى العرف منذ قديم فى بعض الدول الغربية وخاصة فى فرنسا ، على أن تكتسب الزوجة حق حمل لقب زوجها بالزواج ، دون أن تفقد بذلك لقبها الاصلى الذى اكتسبته بالنسب (٢) . أما فى مصر ، فلا يلحق لقب الشخص زوجته (٣) .

وفى مصر ، لم يكن شائعا وجود ألقاب تلحق الاشخاص ، وانما كان الامر جاريا على أن يعرف الشخص باسمه الخاص مضافا اليه اسم أبيه أو اسم أبيه وجده . من أجل ذلك — وتحقيقا للضرورة الاجتماعية الملحة فى التمييز بين الاشخاص — عنى التقنين المدنى الحالى بفرض اتخاذ لقب الى جانب الاسم الخاص على كل شخص ، بحيث يلحق هذا اللقب أولاده (م ٣٨ مدنى) .

واذا كان النسب هو الطريق الطبيعى لاكتساب الاسم فقد لا يكون هو الطريق الوحيد . ففى الشرائع التى تجيز نظام « التبنى » يأخذ الولد المتبنى لقب متبنيه . وكذلك فحيث يباح تغيير الاسم ، يوجد بذلك طريق أو مصدر آخر لاكتساب الاسم . بل وكذلك فاكتساب اللقطاء مجزولى الابوين ما يطلق عليهم من أسماء لا يتأتى عن طريق النسب .

٢٧٦ — التكييف القانونى للاسم

اختلف الفقهاء فى الطبيعة القانونية للاسم ، وتراوحت نظرتهم اليه بين اعتباره واجبا وبين اعتباره حقا . فمن نظر الى الاسم باعتباره واجبا ، راى

---

(١) فى هذا المعنى :
Capitant, op. cit., No. 128, p. 171.

(٢) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., t. I, No. 110. — Marty et Raynaud, op. cit., t. I, No. 948).

(٣) كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى الحالى ينص على أن لقب الشخص يلحق زوجته . ولكن حذف هذا النص فلم يظهر فى التقنين ، باعتبار أنه نظام غربى لم يتعوده المصريون (مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٣٢٨ و ٣٣٩) .

فيه نظاما اداريا تفرضه الدولة على الاشخاص بقصـد التمييز بينهم ومنع اختلاط بعضهم ببعض ضمانا لاستقرار المعاملات فى المجتمع . ومن نظر الى الاسم باعتباره حقا، أما كيفه بأنه حق ملكية وأما كيفه بأنه حق من حقوق الشخصية ٠

وواضح أن الاقتصار على النظر الى الاسم باعتباره مجرد واجب أو وسيلة الزاميـة لتمييـز الاشـخاص ونظـاما لـلامن المـدنى (institution de po.ice) (١) ، وان كان يبصر بما للدولة من صالح فى فرض حمل اسم على كل شخص ، الا أنه يغفل ما لكل شخص كذلك من مصلحة جوهرية فى تمييز ذاته وشخصيته ومنع اختلاط غيره به عن طريق الاسم ، تلك المصلحة التى تسوغ حماية القانون للاسم من كل اعتداء أو اغتصاب يقع عليه من جانب الغير دون توقف على ترتب ضرر من جراء ذلك ، وهو ما لا يتأتى الا عن طريق الاعتراف بالاسم كحق لصاحبه (٢) .

وأما النظر الى الاسم باعتباره حق ملكية وهو مذهب القضـاء العـادى الفرنسى أساسا (٣) ، فهو وان كان يفضل النظر السابق بتغليبه فكرة الحق فى الاسم على فكرة الواجب وكفالة حماية أكبر له دون استلزام توافر ضرر محدد، الا أنه مع ذلك محل انتقاد كبير . اذ لا يستقيم وصف الحق على الاسم بأنه حق ملكية ، طالما لا تتوافر فيه خصائصها ، بل تثبت له عكس هذه الخصائص تماما ٠ فالشىء محل الملكية ـ على ما هو مسلم منذ قديم فى الفقه ـ لا يكون الا ماديا ، بينما الاسم ليس شيئا معنويا ٠ وحق الملكية من الحقوق المالية الداخلية فى الذمة المالية ، مما يستتبع اعتباره محلا للتقادم المكسب واعتبار الشىء محله داخلا فى دائرة التعامل ، بينما حق الاسم ــ كما

---

(١) أنظر فى الاشارة الى انصار هذا الراى :
Nerson, thèse précitée, note (3), p. 36.

(٢) أنظر فى انتقاد اعتبار الاسم واجبا كنظام للامن المدنى :
Capitant, No. 131, — Nerson, thèse précitée, No. 13. — Mazeaud, t. I, No 561.

(٣) راجع فى الاشارة الى أحكام هذا القضاء :
Nerson, thèse précitée, notes 7, 8, 9, p. 39.

هو مسلم ـ من الحقوق غير المالية الخارجة عن الذمة ، بحيث لا يخضع للتقادم المكسبي او المسقط ويمتنع كذلك التعامل والتصرف فيه أو النزول عنه . ولاتشابه كذلك بين حق الاسم وحق الملكية من حيث الاستخلاف عليه بالميراث، فاللقب يلحق الابن بالميلاد وقبل موت الاب بحيث يثبت لهما معا نفس الحق عليه فى آن واحد (١) .

وأمام التجافى بين حق الاسم وحق الملكية على هذا النحو ، اتجه الفقه الحديث فى مجموعه (٢) نحو اعتبار حق الاسم حقا من حقوق الشخصية . وهذا التكييف السائد اليوم هو الواجب التأييد ، اذا نظر الى الاسم من ناحية كونه حقا لصاحبه . فهو يبصر بصرا صحيحا بطبيعة الاسم ، باعتباره علامة الشخصية المميزة ومظهر كيانها الذاتى المستقل ، وحدها العازل الفاصل بينها وبين ما تزخر به الحياة الاجتماعية من عديد الشخصيات المميزة الاخرى . من أجل ذلك ، كان الاسم ملازما للشخصية ولصيقا بها ، بما يجعل حق الشخص عليه حقا من حقوق الشخصية بالمعنى الدقيق (٣) .

غير أن تكييف الطبيعة القانونية للاسم على هذا الاساس وحده ، فيه اغفال لوجه آخر لهذه الطبيعة لا يقل أهمية عن الوجه المتقدم ، هو اعتبار الاسم كذلك واجبا من الواجبات تفرضه الدولة على الاشخاص مراعاة للصالح العام وتحقيقا لاستقرار وأمن المعاملات ، وهو الوجه الذى لم يعبه فيما رأينا الا اقتصار بعض الفقهاء عليه بوصفه الوجه الوحيد للاسم . ذلك أنه ما دامت

---

(١) راجع ، خاصة ، فى انتقاد تكييف الاسم بأنه حق ملكية :
Capitant, No. 131, p. 174. — Nerson, thèse précitée, No. 14, pp. 37, 38. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 114. — Mazeaud, t. I, No. 562. — Marty et Raynaud, t. I, No. 955, p. 1167.

(٢) أنظر خاصة :
Capitant, No. 131. — Nerson, Nos. 11, 16. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 114. — Mazeaud, t. I, No. 565. — Marty et Raynaud, t. I, No. 955, p. 1177.

عبد الرزاق السنهورى وحشمت أبو ستيت ، فقرة ٢٢٥ . ــ شفيق شحاته ، فقرة ٤٢ . ــ عبد الحى حجازى ، ص ٢٩ و ٣٠ . ــ شمس الدين الوكيل ، ص ٣٦ . ــ اسماعيل غانم ، ص ١٦٥ .

(٣) أنظر سابقا ، ص ٤٣٤ .

الاسماء هى الحدود الفاصلة بين الاشخاص ، فان الاكتفاء باعتبارها مجرد حقوق قد يزعزع هذه الحدود بكل ما يحمله ذلك من مخاطر تغيير الاسماء واختلاط الاشخاص والتحايل على القانون . فتثبيتا لهذه الحدود وتأكيدا لاستقرارها ، ينبغى اعطاء الاسماء ـ فضلا عن وصف الحق الثابت لمصلحة الاشخاص أنفسهم ـ وصف الواجب المفروض كذلك على الاشخاص لصالح الدولة والمجموع ٠

ومن هنا نرى فى الاسم طبيعة مزدوجة مركبة ، فهو حـــق من الحقوق اللصيقة بالشخصية من ناحية ، وهو واجب يقع على عاتق كل شخص من ناحية أخرى (١) . ولازدواج طبيعة الاسم على هذا النحو أثره ـــ كما سنرى ـــ فى تحديد خصائصه ٠

٢٧٧ ـــ حماية الاسم

قد يقع اعتداء على الاسم من قبل الغير بالمنازعة فيه أو انتحاله لنفسه أو استعماله على أى وجه كان ، والمقصود بالمنازعة اعتراض الغير دون مبرر على حق الشخص فى التسمى بالاسم الذى يحمله وفى استعماله اياه بالتالى ، أما الانتحال أو الادعاء فيقصد به تسمى الغير باسم شخص معين واستعماله أياه دون حق(٢) . فيثور التساؤل حينئذ عن كيفية حماية الاسم من مثل هذا الاعتداء.

---

(١) فى هذا المعنى :
Josserand, t. I, No. 219. — Planiol, Ripert et Savatier, ibid. — Marty et Raynaud, t. I, No. 955. pp. 1176, 1179.
شفيق شحاته ، فقرة ٤٣ . ـــ عبد المنعم فرج الصدة ، فقرة ٦٨ . ـــ اسماعيل غانم ، المرجع السابق . ـــ عبد المنعم البدراوى ، فقرة ٣٥٨ ص ٥٥٦ ٠

(٢) ولذلك يخرج من صور الانتحال حالة تشابه الاسماء وتطابقها تطابقا تاما ، فكل شخص يحمل مثل هذا الاسم المتشابه المشترك ويستعمله انما يكون مستعملا اسمه هو وبمقتضى حقه فيه ، فلا يعد منتحلا اسم الغير المطابق له حتى يملك هذا الغير منعه من استعماله . بل كل ما يملكه ـــ اذا أراد توقى الخلط ـــ أن يضيف الى اسمه ما يميزه عن سميه . ولكن اذا كان هذا الاخير يستغل تطابق الاسمين بما يعود بالضرر المادى أو المعنوى على الاول ، فيكون للمضرور المطالبة بالتعويض وفق قواعد المسئولية التقصيرية (أنظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٦١) .

وقد كان من الطبيعى أن يجد الجدل حول التكييف القانونى للاسم صداه فيما يتعلق بحمايته . فظاهر أن القول باعتبار الاسم مجرد واجب أو نظام أمن مدنى مفروض على الافراد لا يجعل للاسم حماية الا فى حال لحوق ضرر بصاحبه وفقا لقواعد المسئولية التقصيرية ، فلا يجوز له — فى حال تخلف الضرر — المطالبة برد ووقف الاعتداء الواقع على اسمه . ولعل الرغبة فى تفادى هذه النتيجة هى التى مهدت وروجت لاعتبار حق الشخص على اسمه حق ملكية ، ليتمكن بذلك صاحب الاسم — كما يتمكن المالك — من المطالبة برد ووقف أى اعتداء يقع على اسمه دون حاجة من جانبه الى اثبات وقوع ضرر ناجم عن ذلك (١) . غير أن حق الملكية لا يصلح — كما سبق البيان — تبريرا لحق الشخص على اسمه ، فهو فى واقع الامر حق من حقوق الشخصية . ولكن اعتباره كذلك يستتبع من حيث حمايته نفس الاثر الذى يستتبعه اعتباره حق ملكية ، فتجب له الحماية حيث يعتدى عليه دون توقف على اثبات ترتب ضرر محدد من جراء ذلك ، فحقوق الشخصية — كالحقوق عموما — مكفولة لذاتها فى حال الاعتداء عليها ، اذ لاصحابها مصلحة ظاهرة تبرر المطالبة بوقف هذا الاعتداء ولو لم يترتب عليه ضرر محدد (٢) .

وعلى هذا النحو ، فوقوع الاعتداء على الاسم من قبل الغير بالمنازعة فيه أو انتحاله لنفسه معناه — والاسم هو علامة الشخصية المميزة — المساس بشخصيته وانكار ذاتيته وتعريضها أو احتمال تعريضها للاختلاط بغيرها ، وهو مايكفى — دون تحميل صاحب الاسم بعبء اثبات ترتب ضرر محدد (٣) — لتبرير حمايته بوقف مثل هذا الاعتداء . وبالاضافة الى ذلك ، يبقى حقه قائما — اذا

---

(١) Ripert et Boulanger, t. I, No. 997. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I. No. 116, p. 144.

(٢) انظر سابقا ، ص ٤٣٧ .

(٣) أنظر فى ذلك كتابنا سالف الذكر ، متن وهامش «٢» ص ٧٥٦ .
وقارن : Mazeaud, t. No. 565

اثبت ترتب ضرر محدد — فى المطالبة بالتعويض طبقا للقواعد العامة . وبذلك يجمع صاحب الاسم (١) وسيلتين لحماية حقه من المنازعة أو الانتحال : الاولى ، هى المطالبة بوقف الاعتداء وذلك دون تعليق على وقوع ضرر محدد ، والثانية ، هى المطالبة بالتعويض وهذه لابد فيها من وقوع ضرر محدد جزاء المنازعة أو الانتحال .

وقد عنى المشرع المصرى بالنص صراحة على هاتين الوسيلتين فى صدد حقوق الشخصية بعامة (٢) والحق فى الاسم بخاصة (م ٥٠ و ٥١ مدنى) .

٢٧٨ — خصائص الاسم

اذا كان للاسم طبيعة مزدوجة تجعله حقا من حقوق الشخصية من ناحية وواجبا على الشخص من ناحية أخرى ، فان كلا من هاتين الطبيعتين تسبغ على الاسم خصائص معينة نبينها فيما يلى :

(١) خصائص الاسم باعتباره حقا من حقوق الشخصية : يكتسب الاسم — باعتباره من حقوق الشخصية — صفات الشخصية ، وهى عدم القابلية للتصرف والتقادم

١ — عدم القابلية للتصرف (inaliénabilité ou indisponibilité)
ما دام الاسم يعتبر علامة للشخصية ووسيلة للتمييز بين الاشخاص وتجنب الخلط بينهم ، فمن الطبيعى أن يكون لصيقا بالشخص وأن يمتنع لذلك التصرف فيه — سواء بين الاحياء أو لما بعد الموت بالوصية — أو تخويل الغير حق

---

(١) يبدو أمام ما للاسم كلقب من طبيعة مزدوجة فردية وعائلية ، أنه يجب تخويل كل فرد من أفراد الاسرة على حدة حق المطالبة بحماية اللقب من أى منازعة أو انتحال من قبل الغير (انظر : Capitant, No 133, p. 178. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, I, No. 116, pp. 145, 146. — Marty et Raynaud, t. I, No. 955, pp. 1177, 1178).

(٢) انظر سابقا ، ص ٤٣٦ و ٤٣٧ .

استعماله (١) . وهذه الخاصة التى يتصف بها الاسم تتفرع كذلك على مبدأ ثباته وامتناع تغييره بمحض الارادة المطلقة(٢) .

ولكن اذا كان مبـــدأ امتناع التصرف فى الاسم مبنيا على اعتبار الاسم العلامة المميزة للشخصية والحالة ومقصودا به تمييز الاشخاص ومنع الخلط بينهم ، فيجب أن يتحدد مدى هذا المبدأ اذن بحدود هذا الغرض . ولذلك حيث يستعمل الاسم فى غير هذا الغرض ، فليس ثم ما يمنع حينئذ من التصرف فيه أو النزول عنه أو الترخيص للغير فى استعماله (٣) .

ولذلك يمكن للشخص تخويل مؤلف الحـــق فى اطلاق اسمه على أحـــد الاشخاص الخيالية فى رواياته أو قصصه، أو السماح للغير باستعمال اسمه كاسم مستعار أدبى أو فنى (٤) .

وكذلك يكون للشخص الذى ينشىء مالا معينا يحمل اسمه ــ كمحل تجارى أو علامة تجارية أو براءة اختراع ــ النزول للغير عن حق استعمال هذا الاسم لاستغلال هذا المال. اذ تكون للاسم حينئذ وظيفتان مختلفتان: تمييز الشخصية والحالة المدنية باعتباره اسما مدنيا من ناحية . وتمييز المحل أو العلامة أو البراءة باعتباره اسما تجاريا من ناحية أخرى.واذا كان مستحيلا النزول عن الاسم المدنى لاستحالة النزول عن تمييز الشخصية والحالة ، فمن الممكن النزول عن الاسم التجارى ما دام يتخذ وسيلة مميزة لبعض الاموال . وبهذا النزول ، يكون للمتنازل له استعمال الاسم كاسم تجارى محض وفى حدود

---

(١) ومع ذلك تعتبر محكمة النقض الفرنسية صحيحا اذن الزوج زوجته السابقة فى الاستمرار فى التسمى بلقبه واستعماله بعد الطلاق . ويمكن تبرير ذلك ، فى حال ما اذا كانت الزوجة تمارس تحت هذا اللقب نشاطا أدبيا أو فنيا أو تجاريا معينا بحيث عرفت واكتسبت ثقة الجمهور فى هذا النشاط به . اذ لا يعنى هذا الاذن تخويلها الاستمرار فى استعماله كذلك كاسم مدنى كما كان عليه الحال وقت الزوجية ، وانما تخولها مجرد استعماله بعد الطلاق كاسم مستعار أو اسم تجارى (فى هذا المعنى ، ــ Mazeaud, t. I, p. 546 ــ كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ص ٧٦٢) .

(٢) Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 119, p. 148. — Marty et Raynaud, t. I, No. 956, p. 1180.

(٣) Planiol, Ripert et Savatier, ibid. — Mazeaud, t. I, No. 557

(٤) Nerson, No. 185, pp. 401, 402. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 119, p. 149. — Mazeaud, ibid.

وانظر سابقا ، ص ٤٣٧ .

استغلال المحل أو العلامة أو البراءة ، ويستمر المتنازل حاملا له كاسم مدنى يميز شخصيته وحالته (١) .

٢ — **عدم القابلية للتقادم** (imprescriptibilité) : ما دام الحق فى الاسم لصيقا بالشخصية ، فمعنى ذلك أنه ليس من الحقوق المالية التى يرد عليها التقادم المسقط أو المكسب. ولذلك فانتحال شخص اسم شخص آخر لايكسبه حقا فيه مهما طالت مدة انتحاله واستعماله أياه (٢) . وعدم استعمال اللقب خاصة ، لا يفقد صاحبه ولافروعه من بعده حق استعادته واستعماله مهما طالت مدة اهماله . وواضح أن عدم القابلية للتقادم تقتصر على الاسم المدنى وحده باعتباره العلامة المميزة للشخصية والحالة · أما الاسم التجارى ، وثم قيمة مالية له ، فليس ما يمنع — والتصرف فيه جائز — من اكتسابه كذلك أو فقده بالتقادم (٣) .

(٢) **خصائص الاسم باعتباره واجبا** : قلنا ان الاسم فضلا عن اعتباره حقا ، يعتبر كذلك واجبا . واعتباره واجبا يجعله فرضا محتوما على كل فردمن ناحية ، وغير قابل للتغيير والتعديل بارادة صاحبه من ناحية أخرى .

١ — **ضرورة الاسم لكل شخص** : قلنا ان الصالح العام واستقرار وامن المعاملات يفرض ضرورة تسمى كل فرد باسم معين — مكون من اسم شخصى ولقب — ليكون علامة مميزة لشخصيته ومانعا من اختلاطه بغيره من الافراد . ولذلك يعتبر الاسم من لوازم الشخصية وعلامتها الضرورية ، بحيث لا يتصور تخلفه عند أحد من الافراد . ولهذا يوجب المشرع ، عند الاخطار بمولود ، ذكر اسمه ولقبه (٤) .

---

(١) أنظر فى النزول عن الاسم التجارى :
Nerson, No. 185, p. 402. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 119, pp. 149 - 141. — Marty et Raynaud, ibid.

(٢) أنظر مع ذلك فى اعتداد القضاء الفرنسى — فى غير أحوال الانتحال — بعامل المدة واستطالتها ما يجاوز قرنا من الزمان ، لاستخلاص اكتساب حق فى الاسم : كتابنا سالف الذكر، هامش «٢» ص ٧٦٣ .

(٣) Mazeaud, t. I, No. 558, p. 541.

(٤) م ١٨ من القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ الخاص بالاحوال المدنية .

٢ ــ ثبات الاسم وعدم تغييره بمحض الارادة واستقلالها : اعتبار الاسم واجبا يجعله غير قابل للتغيير والتعديل بمحض ارادة الشخص وحده ، والا انقلب الغرض من فرضه وكثر فى شانه الادعاء والانتحال وشاع الاختلاط بين الاشخاص ، مما ينعكس أثره السيء على استقرار المعاملات فى الجماعة . من أجل ذلك ، يجب أن يخضع تغيير الاسم لاجراءات معينة تضمن جدية التغيير المطلوب وحماية الغير مما قد يكمن وراء هذا التغيير من تحايل أو انتحال

والاعتبارات التى قد تدعو الى تغيير الاسم وتعديله كثيرة ، كالاشتهار فى الجماعة بغيره من الاسماء ، أو الرغبة فى تفادى ما يسببه الاسم لصاحبه من عنت وحرج اذا كان فيه ما يحمل على الهزء والسخرية ، أو الرغبة فى مسايرة تغيير صاحبه لدينه . وقد يكون التغيير ضربا من التصحيح ، عند وقوع خطأ فى تحرير الاسم عند قيده .

ومنع ارادة الشخص من الاستقلال بالتغيير ، يقتضى تدخل سلطة عامة مختصة لرقابة جديته وللتاكد من سلامة الغرض منه وعدم اضراره بالغير ، سواء كانت سلطة ادارية ، أو سلطةقضائية عن طريقالمحاكمعلىاختلاف فى ذلك بين الشرائع . والمشرع المصرى يكل اليوم(١) أمر ذلك الى المحاكم(٢) ، فيما عدا تصحيح الاخطاء المادية الذى يجعله من اختصاص الجهة الادارية المختصة وهى مصلحة الاحوال المدنية(٣)

٢٧٩ ــ اسم الشهرة والاسم المستعار

قد يعرف الشخص باسم آخر مخالف لاسمه الاصلى ، سواء كان هذا الاسم الطارىء « اسم شهرة » (Surnom) يخلعه عليه الجمهور عموما بما

---

(١) أنظر فى تطور أنظمة اجراءات تغيير الاسم فى القانون المصرى قبل ذلك : كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٦٥ و ٧٦٦ .

(٢) لا يتم التصحيح أو التغيير الا بحكم قضائى يصدر من المحكمة الجزئية الواقع فى دائرتها مكتب السجل المدنى المقيد فيه الاسم (م ٣٦ / ١ من قانون الاحوال المدنية) .

(٣) يجرى التصحيح أمين السجل ، ويعتمده مفتش السجل المختص (م ٣٦/٣ من قانون الاحوال المدنية) .

يستوعب كامل شخصيته ونشاطه ، أو كان من قبيل « الاسم المستعار » (pseudonyme) الذى يختاره الشخص ويخلعه على نفسه فى بعض نواح محددة من نشاطه كالنشاط الادبى أو الفنى دون أوجه نشاطه الاخرى (١) .

واذا كان اسم الشهرة لا يخضع من حيث اطلاقه لتحديد وتنظيم معين لانه يصدر عن الجمهور وما تجرى به عادته ، فواضح أن الاسم المستعار على خلاف ذلك يجب أن تقيد حرية صاحبه فى اختياره حماية للغير ومنعا للغش. فحرية اختيار الاسم المستعار تتقيد بداهة باحترام اسم الغير وتجنب انتحاله ، ولذلك يكون للشخص أن يطالب بمنع غيره من اتخاذ اسمه اسما مستعارا له(٢)، لما يحمله ذلك من معنى وقوع أو احتمال الخلط بين الشخصين . ومع ذلك ، فالقضاء الفرنسى يترخص فى حماية الاسم المستعار ولو كان مطابقا لاسم شخص آخر اذا كان قد مضى على استخدام الاسم المستعار وقت طويل تاكد به وجه من أوجه نشاط صاحبه ــ كالنشاط الادبى ــ واكتسب ثقة الجمهور تحته (٣) ، اعتدادا باكتساب صاحبه شهرة معينة فى هذا الوجه من النشاط تحته وامتناع المنازعة فيه من ذوى الشأن طوال هذه المدة . ولكن لايجب تأييد هذا القضاء على اطلاقه (٤). فينبغى أن لا يكتفى بعامل مضى المدة واكتساب الشهرة تحت الاسم المستعار طوالها لتبرير حمايته ، بل يجب أن يعتد أساسا ــ فضلا عن ذلك ــ بترتب أو عدم ترتب خلط بين الشخصين وبحسن أو سوء نية صاحب الاسم المستعار . فاذا كان الاصل أن مثل هذه الخلط يكون غير محتمل نظرا لاقتصار الاسم المستعار على وجه من أوجه نشاط صاحبه ، الا أنه مع

---

(١) أنظر فى التفرقة بين اسم الشهرة والاسم المستعار :
Planiol, iRpert et Savatier, t. I, No. 129. — Marty et Raynaud t. I, No. 960.

(٢) الا أن يرخص له فى ذلك ، أنظر سابقا ، ص ٥٣٢ .

(٣) Paris, 18 Juillet 1949, cité par Mazeaud, t. I, p. 551
وانظر سابقا ، ص ٤٣٨ .

(٤) قارن مع ذلك :
Planiol, Ripert et Savatier, t. I. No. 130. — Marty et Raynaud, t. I, No. 961. — Mazeaud ;t. I, No. 564.

ذلك متصور اذا كان صاحب الاسم الاصلى يمارس نفس الوجه من النشاط تحته. وكذلك اذا كان الغالب أن صاحب الاسم المستعار يجهل مطابقته لاسم أصلى لشخص آخر مما يزيد فى تبرير حمايته ، فتبدو هذه الحماية غير واجبة اذا كان يعلم بهذه المطابقة ، وخاصة اذا كان ينجم عنها خلط بين الشخصين ·

وعلى أى حال ، فاذا كان للشخص اسمشهرة أوأسم مستعار ، فان القانون يحمى حقه فى استعماله بمنع المنازعة فيه أو انتحاله · فيكون لصاحبه أن يقتضى من الغير تعيينه باسم الشهرة مضافا الى اسمه الاصلى ، أو بالاسم المستعار وحده فى وجه النشاط الممارس تحته وخاصة اذا كان مقصودا به ستر الاسم الحقيقى · ويكون له كذلك المطالبة بمنع الغير من استعمال أو انتحال اسم شهرته أو اسمه المستعار كاسم مستعار لنفسه ، أو على الاقل بالتعديل فيه بما يمنع كل احتمال للاختلاط بينهما (١) .

ولكن يراعى أن اسم الشهرة والاسم المستعار ـ على خلاف الاسم الاصلى تكون له صفة فردية مقصورة على صاحبه ، فلا يكتسبه أولاده وفروعه بالنسب (٢) .

٢٨٠ ـــ الاسم التجارى

قد يستخدم التاجر اسما يمارس تحته التجارة ويكون مميزا لمحله التجارى، وهو ما يطلق عليه « الاسم التجارى » (Le nom commercial) ، ويدخل فى تكوينه الاسم المدنى كعنصر أساسى اذا كان التاجر فردا (٣) .

وما دام الاسم التجارىعلى هذا النحو ليسعلامة مميزة للحالة وللشخصية فى ذاتها ، بل للنشاط التجارى للشخص بحيث يعتبر من عناصر ومقومات محله

---

(١) Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 131. — Marty et Raynaud, t. I, No. 962.

(٢) Marty et Raynaud, ibid.

(٣) مصطفى كمال طه ، القانون التجارى ، ج ١ ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٦ ، فقرة ٩٩٧ .

التجارى ، فتثبت له ـ كالمحل التجارى ـ صفة مالية ، مما يباعد بينه فى الخصائص وبين الاسم المدنى الذى يعتبر لصيقا بالشخصية ولذلك يكون — على خلاف الاسم المدنى — قابلا للتصرف وللتقادم(١) .

ولكن اذا كان الاسم التجارى قابلا للتصرف باعتباره عنصرا من عناصر المحل التجارى ، فان ذلك يفرض النظر اليه باعتباره غير منفصل عن هذا المحل ، مما لايجوز معه التصرف فيه تصرفا مستقلا عن التصرف فى المحل التجارى المخصص له(٢) ، وهو مايؤدى كذلك الى حماية الجمهور من اللبس والتضليل (٣) .

واذا كان للمتصرف اليه حق استعمال الاسم التجارى ، فواضح أن استعماله له قاصر على حدود الغرض منه كعلامة مميزة للمحل التجارى تجتذب ثقة جمهور معين من العملاء . وتاكيدا لذلك ومنعا للاختلاط بين المتصرف اليه الذى يستعمل الاسم التجارى فى هذه الحدود وبين المتصرف الذى يبقى حاملا لنفس الاسم — أو للعنصر الاساسى فيه — كاسم مدنى، يجب أن يضاف الى الاسم التجارى ما يفيد منع هذا الاختلاط كسبقه أو اردافه بكلمة «خلف» أو « خلفاء » أو « محل سابق ». ويمتنع على الخلف المتصرف اليه التوقيع بالاسم التجارى فى غير شئون التجارة المتعلقة بالمحل ، بل والتوقيع باسم سلفه التجارى وحده دون اضافة فى هذه الشئون(٤) .

---

(١) فى هذا المعنى :

Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 119. — Mazeaud, t. I, Nos. 557, 558.

مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرات ٩٩٣ و ٩٩٤ .
وانظر سابقا ، ص ٥٣٢ و ٥٣٣ .

(٢) م ٨ من القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥١ الخاص بالاسماء التجارية .
وأنظر فى ذلك : أكثم الخولى : قانون التجارة اللبنانى المقارن ، ١٩٦٦ ، فقرة ٣٢١ ، ص ٣٩٤ و ٣٩٥ .

(٣) مصطفى كمال طه ، فقرة ١٠٠٨ .

(٤) Planiol, Ripert et Savatier ,op. cit., t. I, No. 119, p. 150. — Mazeaud, op. cit., t. I, No. 557.

وقرب : مصطفى كمال طه ، الموضع السابق .

وينبغى تقييد حق المتصرف اليه بما يمنع تعسفه فى استعمال الاسم التجارى الذى يظل ثابتا لسلفه المتصرف كاسم مدنى ، سواء بما يشين سمعة هـذا السلف أو بما يثير الخلط بينهما (١) .

وعلى أى حال ، فالقانون يحمى الاسم التجارى ويخول صاحبه حق المطالبة بوقف المنازعة فيه أو انتحاله من قبل الغير مع التعويض عما يترتب على ذلك من ضرر . واذا كان الاصل أن لكل شخص الحق فى أن يتخذ من اسمه المدنى اسما تجاريا يمارس تحته تجارته ويميز محله دون أن يملك الغير الذى له اسم تجارى مطابق سابق منعه من ذلك ، الا أن من الواجب الزامه باضافة ما يفيد التمييز بين الاسمين منعا للخلط وتوقيا من المنافسة غير المشروعة (٢) .

المطلب الثالث

الموطن (٣)

Le domicile

٢٨١ — أهمية الموطن وتقسيمه

اذا كانت الحالة تحدد مركز الفرد بالنسبة الى الدولة والاسرة وأحيانا الى الدين . والاسم يتيح التعرف على ذاته ومنع اختلاطه بغيره من الافراد ، فان الموطن يتيح العثور على مقره ومكانه . فالمقصود بالموطن المقر القانونى للشخص فيما يتعلق بنشاطه القانونى وعلاقاته مع غيره من الاشخاص ، بحيث يعتبر موجودا فيه على الدوام ولو تغيب عنه بصفة مؤقتة . والموطن ، على هذا النحو ، يفترق عن « محل الوجود » (la demeure) الذى قد يوجد فيه الشخص بصفة عارضة مؤقتة ،

---

(١) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., No. 119, p. 151.

(٢) Planiol, Ripert et Savatier, op. cit., No. 119, p. 150.
مصطفى كمال طه ، فقرة ١٠٠٦ . — أكثم الخولى ، فقرة ٢٢٣ ، ص ٣٩٨ .
وأنظر كذلك المادة ٣ من قانون الاسماء التجارية .

(٣) راجع فى ذلك خاصة :
Capitant, Nos. 102 - 110. — Josserand, t. I, Nos. 223 - 242. — Nerson, Nos. 17 - 21. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, Nos. 137 - 173. — Mazeaud, t. I, Nos. 567 - 590. — Marty et Raynaud, t. I, Nos. 967 - 984.

كفندق يقيم فيه شخص على سفر بضعة أيام ، بحيث لا يمكن اعتباره فى نظر القانون مقرا ثابتا فى علاقاته مع غيره من الاشخاص .

وتبدو أهمية وجود موطن للشخص فى أنه يصبح المقر الذى يعتد القانون بكل ما يتم أو يوجه اليه فيه خاصا بعلاقاته ونشاطه القانونى · فالاوراق القضائية مثلا تعلن الى الشخص فى موطنه (م ١٠ مرافعات جديد)،والدعاوى الشخصية يكون النظر فيها من اختصاص المحكمة الواقع فى دائرتها موطن المدعى عليه (م ٤٩ مرافعات جديد) ، وشهرالافلاس يكون من اختصاص المحكمة الكائن بدائرتها موطن المدين التاجر (م ١٩٧ تجارى) ، والوفاء بالالتزامات التى ليس محلها شيئا معينا بالذات يكون فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين (م ٢٤٧ مدنى) .

والموطن اما موطن عام واما موطن خاص. ويقصد بالموطن العام المقر الذى يعتد به القانون بالنسبة الى نشاط الشخص وأعماله وعلاقاته بوجه عام · أما الموطن الخاص فيقصد به المقر الذى يعتد به القانون فى شأن بعض علاقات أو أعمال أو أوجه نشاط معينة للشخص على وجه التخصيص · فنعرض أولا للموطن العام ، ثم للموطن الخاص وأنواعه ·

§ ١ — الموطن العام

Le domicile général

٢٨٢ — تراوح تحديد الموطن العام بين الاختيار والالزام

قلنا أن الموطن العام هو المقر القانونى للشخص الذى يعتد به فى شأن نشاطه ومعاملاته بوجه عام دون تخصيص أو تعيين · والاصل أن الشخص يختار بارادته المكان الذى يعطيه القانون صفة الموطن العام ، فاذا كان القانون مثلا يعتبر الموطن العام هو محل الاقامة العادية المستقرة ، فان الشخص هو الذى يتخير بارادته المكان الذى يقيم فيه بصفة عادية مستقرة · غير أن الموطن العام ليس دائما اختياريا فقد يفرض القانون استثناء لبعض الاشخاص موطنا

عاما لا دخل لارادتهم فى اختيار مكانه · فنعرض للموطن الارادى أو الاختيارى ثم للموطن القانونى أو الالزامى ·

٢٨٣ — الموطن الارادى أو الاختيارى

(١) التصوير الواقعي والتصوير الحكمى (١) : تختلف الشرائع فى تحديد الموطن العام الارادى أو الاختيارى تبعا لاختلافها على تصويره · وفى هذا الصدد نجد تصويرين رئيسيين للموطن : تصوير واقعى ، وتصوير حكمى · أما التصوير الواقعى فيعتد بالواقع فى العمل من وجود اقامة فعلية مستقرة للشخص ، فيحدد الموطن بأنه محل الاقامة المعتادة المستقرة · وأما التصوير الحكمى فيفصل بين الموطن والاقامة الفعلية ، ويقيم — دون اعتداد بحقيقة الواقع — رباطا صناعيا مفروضا بين الشخص ومكان معين يتحدد عادة اما بمحل الميلاد واما بالمركز الرئيسى لاعماله ولو لم يقم فيه اقامة معتادة · ويترتب على اختلاف تحديد الموطن وتصويره على هذا النحو أو ذاك نتائج بعيدة المدى من حيث ضرورة الموطن ، ومن حيث وحدته أو تعدده ·

١ — من حيث ضرورة الموطن : يحتم التصوير الحكمى أن يكون لكل شخص موطن ، اذ هو يقيم صلة صناعية مفروضة بين الشخص وبين مكان معين . فمثلا فى القانون الفرنسى اذا لم يختر الشخص عند بلوغه سن الرشد مركزا رئيسيا للاعمال يكون موطنا له ، فيفترض أنه ظل محتفظا بموطنه الاصلى أى موطن والديه أو موطن وصيه ، ولو كانت كل صلة له به منقطعة (٢) ، اذ لا يتصور فى هذا التصوير وجود شخص دون موطن · أما التصوير الواقعى ، فهو على العكس من ذلك يسلم بامكان انعدام الموطن ، ذلك أنه مؤسس على

---

(١) انظر فى ذلك :
Josserand, op. cit., t. I, No. 226, 238. — Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 569, 570.

(٢) Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 160. — Mazeaud, t. I, No. 573. — Marty et Raynaud, t. I, No. 981.

الاقامة العادية المستقرة ، فاذا تخلفت فى الواقع هذه الاقامة لدى شخص من الاشخاص ، لا يكون له موطن ما ٠

٢ ـ **من حيث وحدة الموطن أو تعدده :** فى التصوير الحكمى لا يكون الموطن الا واحدا ، لان تحديد الموطن فيه بالمركز الرئيسى لاعمال الشخص يجعل من المستحيل وجود أكثر من موطن واحد ، لان المركز الرئيسى ـ حتى بين مراكز متعددة ـ لا يتصور الا أن يكون دائما واحدا(١) ٠ أما فى التصوير الواقعى فليس من الحتم أن يكون الموطن واحدا ، بل يتعدد موطن الشخص بتعدد محال اقامته العادية المستقرة ٠

(٢) **تقدير التصويرين :** هذان هما التصويران المتقابلان فى شأن تحديد الموطن . ورغم ما يحققه التصوير الحكمى من فوائد ثبات الموطن نتيجة عدم تغير مركز الاعمال الا نادرا على خلاف ما يصيب محل السكن والاقامة من تغيير مستمر (٢) ، فظاهر ما فى هذا التصوير الحكمى من افتراض وتحايل مخالف للواقع(٣) ٠ فضلا عن أن الاخذ به أصبح عسيرا فى العصر الحديث الذى كثرت فيه الاعمال وتشعبت وتعددت مراكزها بحيث بات يستعصى فى كثير من الاحيان الوقوف على المركز الرئيسى من بينها (٤) . ولذلك انتهى التصوير الحكمى الى نتائج غير متبولة فى العمل ، بافتراضه وحدة الموطن رغم ما قد يوجد فى الواقع من تعدده ، ورغم ما قد يجره هذا الافتراض من التضليل بالغير حسنى النية ، وبافتراضه ضرورة الموطن لكل شخص واضطراره فى سبيل ذلك الى انكار الواقع والزعم ببقاء الشخص محتفظا بموطنه الاصلى عند انعدام مركز رئيسى لاعماله رغم انقطاع كل صلة له به (٥) ، ورغم وجود

---

(١) Planiol, Ripert et Savatier, No. 141. — Marty et Raynaud, No. 984. — Ripert et Boulanger, No. 926.

(٢) Colin, Capitant et De La Morandière, t. I, No. 669.

(٣) Mazeaud, t. I, No. 569.

(٤) Josserand, t. I, No. 236

(٥) Mazeaud, ibid.

أشخاص كالبوهيميين ليس لهم فى الواقع أى نوع كان من الموطن حتى ولا موطن أصلى اكتسبوه عن آبائهم(١) ٠

أما التصوير الواقعى للموطن ، فرغم عدم ثباته ثبات الموطن فى التصوير الحكمى نتيجة ما قد يتعرض له محل الاقامة والسكن من تغيير مستمر ورغم ما قد يشجع عليه من تعمد هذا التغيير فى أى لحظة للتهرب من حكم القانون أو مطالبات الغير(٢) ، الا أنه يمتاز بأساسه الواقعى ونتائجه العملية ٠ فهو من ناحية يربط الموطن بالاقامة الفعلية المعتادة وهو ما يتفق مع الواقع والمنطق ، وهو من ناحية أخرى يسلم بما هو واقع فى العمل من امكان تعدد الموطن أو انعدامه ٠

(٣) **موقف القوانين المختلفة من التصويرين** : تختلف القوانين فى الانحياز الى أحد التصويرين دون الاخر . وقد كان القانون الفرنسى — منذمطلع القرن الماضى الى اليوم — المثل البارز على الشرائع التى تأخذ بالتصوير الحكمى للموطن ، فقد حدده بأنه المركز الرئيسى لاعمال الشخص ونشاطه ٠ غير أن القضاء الفرنسى — أمام مجافاة هذا التصوير للواقع وما يستتبعه من نتائج غير عملية — مالبث أن خرج عليه وعلى مايقرره من مبدأ وحدة الموطن خاصة ، فأقام نظرية « الموطن الظاهر » (Le domicile apparent) (٣) ، التى بمقتضاها يصح اعلان الشخص بالاوراق القضائية فى الموطن الظاهر للناس على أنه موطنه وهو عادة محل سكنه واقامته ، كما يصح اختصامه أمام المحكمة الواقع فى دائرتها هذا الموطن ، مادما المعلنون أو المختصمون حسنى النية مخدوعين فى هذا الموطن الظاهر بحيث ظنوه موطنه الحقيقى أى المركز الرئيسى لاعماله ، أو عاجزين عن تحديد هذا المركز الرئيسى ٠

---

(١) Planiol, Ripert et Savatier, No. 140. — Ripert et Boulanger, t. I, No. 923. — Marty et Raynaud, No. 981.

(٢) فى هذا المعنى :
Mazeaud, No. 591, p. 557

(٣) انظر فى ذلك :
Colin, Capitant et De La Morandière, No. 969, pp. 515, 516. — Planiol, Ripert et Savatier, No. 164. — Mazeaud, No. 587.

ويتبع القانون المدنى الالمانى التصوير الواقعى للموطن اذ يحدده بمحل الاقامة المعتادة للشخص ويجوز تعدده (م ٧) · وكذلك تفعل الشريعة الاسلامية ، اذ يقرر بعض فقهائها انه «يجوز أن يكون الموطن الاصلى واحدا أو أكثر من ذلك ، بأن كان (للشخص) أهل ودار فى بلدتين أو اكثر ، ولم يكن من نية أهله الخروج منها وان كان هو ينتقل من أهل الى أهل فى السنة ، حتى انه لو خرج مسافرا من بلدة فيها أهله ودخل فى أية بلدة من البلاد التى فيها أهله ، فيصير مقيما من غير نية الاقامة(١) » ·

ويبدو أن ظهور أفضلية التصوير الواقعى على التصوير الحكمى للموطن ، بدأ يحول الاتجاه نحوه فى المشروع التمهيدى لتنقيح التقنين المدنى الفرنسى الحالى(٢) ·

(٤) **أخذ القانون المصرى بالتصوير الواقعى :** رغم أن موقف القانون المصرى فى ظل التقنينات القديمة كان مبهما فى شأن تحديد الموطن وأن الاتجاه الغالب فى القضاء المصرى حينئذ كان يأخذ بالتصوير الحكمى له مع الخروج على مقتضاه فى بعض الحالات(٣) ، الا أن المشرع المصرى — استجابة للحاجات العملية ، واتساقا مع المبادىء المقررة فى الشريعة الاسلامية ومع الاتجاهات الحديثة فى الفقه والتشريع المعاصر — قد انحاز صراحة فى التقنين المدنى الحالى الى التصوير الواقعى للموطن ، بنصه على أن « الموطن هو المكان الذى يقم فيه الشخص عادة » (م ٤٠ — ١) ·

والمقصود بالاقامة المعتادة الاقامة الفعلية بصفة مستمرة · وبذلك يتميز الموطن عن مجرد الوجود أو السكن غير المصحوب بالاستقرار · وليس يقصد بالاستقرار استمرار الاقامة واتصالها دون انقطاع ، وانما يقصد به

(١) الكاسانى ، بدائع الصنائع ، ج ١ ، ص ١٠٣ — ١٠٥ ، مشار اليه فى مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٣٤٣ ·

(٢) راجع فى مناقشات لجنة التنقيح التى وضعت المشروع فى هذا الصدد :
Travaux de La Commission de réforme du code civil, année 1950-1951, pp. 121 et s.

وأنظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٧٦ ، وهامش «١» ص ٧٧٦ و ٧٧٧ ·

(٣) راجع فى ذلك كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٧٧ و ٧٧٨ ·

استمرارها على وجه يتحقق معه وصف الاعتياد ولو تخللتها فترات غيبة وقتية متباعدة أو متقاربة(١) . فالعبرة اذن ، فى تحديد الموطن ، يجب أن تكون بما تدل عليه ظواهر الحال من نية الاستقرار فى الاقامة(٢) .

وقد رتب المشرع المصرى على هذا التصوير الواقعى للموطن نتائجه المنطقية من امكان تعدده وعدم لزومه لكل شخص فنص على أنه « يجوز أن يكون للشخص فى وقت واحد أكثر من موطن ، كما يجوز ألا يكون له موطن ما » (م ٢/٤٠ مدنى) . ومن هنـــا فكلما تعددت محال الاقامة المعتادة المستقرة للشخص كلما تعدد موطنه العام ، بحيث يكون له موطن عام فى كل هذه المحال ، كشخص متزوج بأكثر من واحدة ويقيم مع كل منهن اقامة معتادة فى مكان منفصل ، وكشخص يقيم اقامة معتادة فى الريف واحدى المدن معا(٣) . وكذلك يتصور انعدام الموطن حيث لا يوجد للشخص محل اقامة معتادة مستقرة(٤) ، كالبدو الرحل الذين لا يقرون فى مكان معين .

٢٨٤ — الموطن القانونى أو الالزامى

اذا كان الاصل أن الشخص هو الذى يحدد بارادته المكان الذى يسبغ عليه القانون صفة الموطن العام ، فثم استثناء يرد على ذلك ، اذ قد يقوم القانون بتعيين المكان الذ يعتبر موطنا عاما بالنسبة لبعض أشخاص يلحقهم وصف معين ، فيكون موطنهم قانونيا لا اراديا لان القانون ينسبه اليهم دون توقف على

---

(١) فى هذا المعنى . مذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى الحالى ، مجموعه الاعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٣٤٢ .

(٢) أنظر نقض ١٦ ديسمبر ١٩٥٤ ، مجموعة المكتب الفنى لاحكام محكمة النقض ، السنة السادسة ، رقم ٤٢ ، ص ٢٣٦ .

(٣) المذكرة الايضاحية ، مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٣٤٢ .

(٤) واذا كانت هذه النتيجة متفقة مع التصوير الواقعى للموطن ، فان أغلب التشريعات التى تأخذ به تتفادى عواقبها بتقرير اعتبار الموطن حينئذ هو محل الوجود . ولم يقرر المشرع المصرى قاعدة عامة فى هذا الشأن (أنظر فى انتقاده ، عبد الحى حجازى ، ص ١٤٧ . — شمس الدين الوكيل ، ص ٤٢) . ولكنه يقرر فى صدد اعلان أوراق المحضرين أنه « اذا كان موطن المعلن اليه غير معلوم ، وجب أن تشمل الورقة على آخر موطن معلوم له فى الجمهورية العربية المتحدة او فى الخارج ، وتسلم صورتها الى النيابة » (م ١٣ / ١٠ مرافعات جديدة) . ويقرر كذلك فى صددالاختصاص أنه « اذا لم يكن للمدعى عليه موطن ولا محل اقامة فى الجمهورية العربية المتحدة ، ولم يتيسر تعيين المحكمة المختصة على موجب الاحكام المتقدمة ، يكون الاختصاص للمحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى أو محل اقامته . فان لم يكن له موطن ولا محل اقامة كان الاختصاص لمحكة القاهرة (م ٦١ مرافعات جديد) .

ارادتهم فى تحديد مكانه ، ويكون الزاميا لا اختياريا لان القانون يفرضه عليهم دون اختيارهم . والموطن القانونى أو الالزامى هو الخاص بعديمى الاهلية وناقصيها بسبب صغر السن ، وبالمحجور عليهم بسبب عوارض الاهلية من جنون وعته وسفه وغفلة ، وبالمفقودين والغائبين ممن تمنعهم ظروف فقدهم وغيبتهم من رعاية شئونهم ومباشرة التصرفات القانونية لحسابهم ، فهؤلاء الاشخاص يفرض لهم القانون — بالنظر الى صغر سنهم أو عوارض أهليتهم أو فقدهم أو غيبتهم — موطنا الزاميا هو موطن من ينوب عنهم فى مباشرة التصرفات القانونية من أولياء أو أوصياء أو قوام أو وكلاء . ولذلك تقرر المادة ١/٤٢ من التقنين المدنى أن « موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب، هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا » .

ولكن ليس لغير هؤلاء موطن قانونى أو الزامى . ولذلك فالزوجة اذا لم تكن قاصرا بحيث يفرض عليها موطن الزامى هو موطن وليها أو وصيها ، يتحدد موطنها العام تحديدا اراديا بمحل اقامتها المعتادة المستقرة . ولما كان الغالب أن تكون هذه الاقامة مع زوجها فى مكان واحد فان موطنها يكون حينئذ هو موطنه ، لا باعتباره موطنا الزاميا لها وانما باعتباره هو محل اقامتها المعتادة فعلا . ولذلك ليس ما يمنع من أن يكون للزوجة موطن مختلف عن موطن الزوج ، اذا كنت اقامتها المعتادة — لسبب من الاسباب — فى غير مكان الاقامة المعتادة لزوجها (١) . وكذلك ليس للخادم موطن الزامى هو موطن مخدومه ، وانما يتحدد موطنه تحديدا اراديا بمحل اقامته المعتادة التى قد تكون — على حسب الاحوال — فى محل مستقل به أو فى نفس مسكن المخدوم أو ملحقاته .

وهذا الموطن القانونى أو الالزامى — كما هو ظاهر — موطن حكمى ، اذ لا يعتد القانون فى شأنه بمحل الاقامة المعتادة للقاصر أو المحجور عليه أو المفقود

---

(١) فى هذا المعنى :
شفيق شحاته ، فقرة ١١٢ . — عبد الحى حجازى ، ص ١٤٩ . — سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٢٦٥ .

أو الغائب كما يقضى الاصل ، وانما يعتد بموطن من ينوب عنه قانونا أى بمحل الاقامة المعتادة لوليه أو وصيه أو القيم عليه أو وكيله ، وقد يكون غير محل اقامة القاصر أو المحجور ، ويكون حتما غير محل اقامة المفقود أو الغائب . وقد راعى المشرع فى ذلك صالح القصر والمحجورين والمفقودين والغائبين نظرا لانهم لايباشرون شئونهم أو نشاطهم الارادى بأنفسهم بل يباشرها من ينوب عنهم قانونا ، مما يوجب — مواجهة للواقع وتيسيرا للامور — الاعتداد فيما يخصهم بموطن هذا النائب المتعامل مع الغير باسمهم ولحسابهم .

واذا كان أساس فرض الموطن القانونى أو الالزامى هو انعدام أهلية الشخص أو نقصها أو غيبته أو فقده ، فان وجوده أو بقاءه مفروضا عليه يكون مرتهنا اذن بتوافر أواستمرار هذا الاساس . ولذلك، فحيث يعترف القانون للقاصر أو المحجور بأهلية أداء كاملة فى صدد بعض تصرفات معينة ، تنتفى الحكمة — فى شأن هذه التصرفات وحدها — من فرض الموطن القانونى أو الالزامى ، ولذلك سنرى أنه يثبت للقاصر أو المحجور — فى شأنها — موطن خاص يتحدد فى الاصل بمحل اقامته المعتادة ، بينما يبقى موطنه العام فيما عداها — حيث تكون أهليته منعدمة أو ناقصة — موطنا الزاميا محددا بمحل اقامة وليه أو وصيه أو القيم عليه . وكذلك اذا زال سبب فرض الموطن القانونى أو الالزامى ، بأن بلغ القاصر سن الرشد ، أو عاد المجنون أو المعتوه أو السفيه أو ذو الغفلة الى تمام العقل والادراك واستقامة التقدير بزوال ما ألم به من عارض ، أو ظهر المفقود أورجع الغائب ، فلا تبقى ثم حاجة الى استمرار فرض موطن الزامى له ، اذ تكتمل له أو تعود أهليته لا يعترضها عارض أو يعوقها مانع ، فيتحدد موطنه حينئذ — طبقا للاصل — تحديدا اراديا اختياريا بمحل اقامته المعتادة المستقرة .

§ ٢ — الموطن الخاص

Le domicile spécial

الى جانب الموطن العام الذى يعتبر المقر القانونى للشخص بالنسبة الى نشاطه وأعماله ومعاملاته بوجه عام ، قد يوجد له موطن خاص يكون مقرد

القانونى بالنسبة الى أوجه نشاط أو أعمال أو معاملات له معينة بالذات وعلى وجه التحديد والتخصيص ، وذلك بقصد التيسير على نفس الشخص أو على المتعاملين معه بشأنها • ونعرض فيما يلى لاهم أنواع هذا الموطن الخاص •

٢٨٥ — الموطن التجارى أو الحرفى

تنص المادة ٤١ من التقنين المدنى المصرى على أن « يعتبر المكان الذى يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنا بالنسبة الى ادارة الاعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة » • وبمقتضى هذا النص تتركز المعاملات القضائية المتعلقة بأعمال التجارة أو الحرفة فى محل مباشرة صاحبها اياها ، أما ما عدا ذلك من أعماله الاخرى فيبقى الموطن فى شأنها هو موطنه العام أى محل اقامته المعتادة • ومن المسلم أن هذا الموطن الخاص لا ينصرف الى عمل الموظفين العاملين ، فلا يعتبر المكان الذى يباشرون فيه وظائفهم موطنا خاصا لهم فيما يتعلق بشئون الوظيفة(١) •

٢٨٦ — موطن ناقص الاهلية فى شأن ما يعتبر أهلا لمباشرته من تصرفات

اذا كان فرض موطن الزامى على القاصر ومن فى حكمه من عديمى الاهلية وناقصيها عموما هو موطن من ينوب عنه من ولى أو وصى أو قيم مرده الى عدم قدرته على تولى شؤونه ومباشرة التصرفات القانونية بنفسه ، فتنتفى الحكمة من فرض هذا الموطن الالزامى كما سبق البيان حيث يقرر القانون لناقص الاهلية — خروجا على الاصل العام — أهلية أداء كاملة فى مباشرة بعض أعمال وتصرفات قانونية معينة • لذلك يكون من الطبيعى أن يتحدد له — فى شأن هذه الاعمال والتصرفات — موطن خاص غير موطنه العام الالزامى أى غير موطن وليه أو وصيه أو القيم عليه • ويتحدد هذا الموطن الخاص تحديدا اراديا من جانبه ، سواء بمحل اقامته المعتادة وهذا هو الاصل ، أو بمحل مباشرة ما

---

(١) فى هذا المعنى :
نقض ٧ فبراير ١٩٥٢ ، مجموعة أحكام محكمة النقض (المدنية) ، السنة الثالثة ، رقم ٧٦ ، ص ٤٤٤ •

يكون مأذونا فيه من تجارة أو حرفة ، أو بمحل مختار لتنفيذ عمل أو تصرف قانونى معين يكون أهلا لمباشرته . فيكون حكم هذا الشخص اذن من حيث الموطن — فى الحدود الاستثنائية المعترف له فيها بالاهلية — هو حكم الشخص كامل الاهلية .

ولذلك تنص المادة ٤٢/٢ من التقنين المدنى على أن « ... يكون للقاصر الذى بلغ ثمانى عشرة سنة ، ومن فى حكمه ، موطن خاص بالنسبة الى الاعمال والتصرفات التى يعتبره القانون أهلا لمباشرتها » . واذا كانت هذه المادة تحيل أساسا على ما يقرره القانون من أهلية القاصر البالغ ثمانى عشرة سنة أو السفيه وذى الغفلة المحجور عليه فى شأن ما يؤذن فيه من أعمال الادارة ، ومن أهلية القاصر البالغ ثمانى عشرة سنة فى شأن ما تأذنه المحكمة من مباشرة التجارة ، الا أنه ينبغى النظر الى هذا النص باعتباره مجرد تطبيق للمبدأ الذى أسلفناه من وجوب تقرير موطن خاص لناقص الاهلية فى شأن الاعمال والتصرفات التى يعتبره القانون كامل الاهلية لمباشرتها ، والقياس عليه لتقرير موطن خاص بالتالى فى شأن كل الاحوال الاخرى التى تثبت لناقص الاهلية فيها — ولو كان قاصرا لم يبلغ الثامنة عشرة — أهلية اداء كاملة فى شأن تصرفات معينة (١) .

٢٨٧ — المواطن المختار

يقصد بالموطن المختار (Le domicile élu) المحل — غير مكان الاقامة المعتادة(٢) — الذى تنصرف الارادة الى اختياره لتنفيذ عمل أو تصرف قانونى معين ، بحيث يكون خاصا بهذا العمل أو التصرف وحده ، ويعتبر المقر القانونى للشخص فى شأنه مغنيا بذلك عن موطنه العام . واتخاذ موطن مختار ارادى على هذا النحو ، يستوى أن يكون بالعقد أو بالارادة المنفردة . وقد نص القانون على هذا الموطن الخاص بقوله « يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانونى معين » (م ٤٣/١ مدنى) .

---

(١) أنظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٨٥ .
(٢) أنظر كتابنا سالف الذكر ، هامش « ١ » ص ٧٨٦ .

واتخاذ موطن مختار قد يقصد به تثبيت الموطن طوال المدة التى يستغرقها تنفيذ عمل قانونى دون تأثر بتغير محل اقامة ذوى الشأن ، أو تجنيب الدائن مشاق وتكاليف اتخاذ اجراءات التنفيذ فى مواجهة مدين مقيم فى مدينة أو قرية بعيدة ، أو تركيز اجراءات التنفيذ فى يد وكيل معين كمحام مثلا .

والاصل أن اتخاذ موطن مختار يكون أمرا جوازيا لمن يشاء . غير أنه قد يكون وجوبيا على الشخص فى حالات معينة استثنائية . ومن ذلك ، ما تقضى به المادة ٣٠ من قانون الشهر العقارى من وجوب تعيين الدائن المرتهن ، ومن فى حكمه من الدائنين أصحاب الحقوق العينية التبعية التى يتم شهرها بطريق القيد ، محلا مختارا له فى دائرة المحكمة الواقع فى اختصاصها العقار محل حقه . وكذلك ما تقضى به المادة ٢/٧٤ من تقنين المرافعات الجديد من أن « على الخصم الذى لا يكون له وكيل بالبلد الذى به مقر المحكمة أن يتخذ له موطنا فيه » .

وضمانا لاستقرار المعاملات وحسن تنفيذ الاعمال القانونية وحسما لكل خلاف حول تحديد الموطن المختار ، يستلزم القانون اثبات اختيار هذا الموطن بالكتابة (م ٢/٤٣ مدنى) ، أيا كانت قيمة العمل القانونى المختار الموطن لتنفيذه فيه ضئيلة أو تافهة .

ويكون الموطن المختار لتنفيذ عمل قانونى معين هو الموطن بالنسبة الى كل ما يتعلق بهذا العمل بما فى ذلك اجراءات التنفيذ الجبرى ، الا اذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى (م ٣/٤٣ مدنى) . ويستمر الموطن المختار قائما طالما لم ينته تنفيذ العمل القانونى المتعلق به ، بحيث يظل — على خلاف الموطن العام — موطنا مختارا ، فى شأن تنفيذه ، لورثة الشخص بعد وفاته (١) .

---

(١) Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 173. — Marty et Raynaud, t. I, No. 980, p. 1201.

والاصل أنه لا يتأتى العدول عن الموطن المختار أو تغييره قبل تمام تنفيذ العمل القانونى المتعلق به الا بنفس طريق تقريره . فاذا كان مقررا بمقتضى العقد ، وجب تراضى الطرفين على ذلك . ولكن يجوز لاحد الطرفين الانفراد بتغييره اذا كان اختياره مقررا لمحض صالحه وحده ، أو لم يكن من شأن هذا التغيير الاضرار بالطرف الاخر ، طالما يتم اعلانه به (١) .

المبحث الثالث
النشاط الارادى للشخصية
أو أهليـــة الاداء

٢٨٨ — تعريف أهلية الاداء

اذا كانت الشخصية ثابتة لكل انسـان — على ما رأينا — بحيث يكون صالحا لان يكون صاحبا للحق والالتزام ، الا أن توليد الحـق والالتزام ومباشرته أو أداءه وانتاج الاثار القانونية بوجه عام فى ذمة الشخص ، قد لا يتأتى فى بعض الاحوال الا نتيجة نشاط ارادى من جانبه وقدرة معينة من التمييز عنده ، أى نتيجة توافره على أهلية الاداء La capacité d'exercice

فأهلية الاداء اذن هى قدرة الشخص على التعبير بنفسه عن ارادته تعبيرا منتجا لآثاره القانونية فى حقه وذمته ، أو قدرته الارادية على انتاج الآثار القانونية فى حق نفسه ، أو هى — بايجاز — قدرته علي اجـــراء التصرفات القانونية لحســـاب نفسه . وهذا التعريف يتيح تحـــديد نطاق أهلية الاداء ومناطها على السـواء .

٢٨٩ — نطاق أهليـــة الاداء

(١) اقتصـــار أهلية الاداء على التصرفات القانونية : ما دامت أهلية الاداء هى صلاحية أو قدرة ارادية على انتاج أو توليد آثار قانونية ، فلابد

---

(١) Planiol, Ripert et Savatier, t. I, ibid.

أن يتحدد نطاقها اذن بالاعمال الإرادية لا باعمال المادية ، اى بالتصرفات القانونية وحدها دون الوقائع القانونية (١) . فالتصرفات القانونية — كما سنرى — هى ارادة محضة متجهة الى احداث أثر قانونى معين ، بحيث يترتب هذا الاثر ويتحدد بالارادة مباشرة . أما الوقائع القانونية ، فليست الا أعمالا مادية يرتب القانون وحده عليها — حتى ولو كانت اختيارية — أثرا قانونيا معينا .

وما دامت الآثار القانونية تترتب بارادة الشخص مباشرة فى التصرفات القانونية ، ولا تترتب الا بالقانون نفسه فى الوقائع القانونية دون اعتداد بوجود الارادة أو عدم وجودها ، فان قدرة الشخص على النشاط الارادى الذى تعبر عنه أهلية الاداء ، لا تتصور اذن الا فى التصرفات القانونية حيث يكون للشخص سلطة توليد الآثار القانونية بارادته مباشرة . أما حيث يتعلق الامر بوقائع قانونية أو أعمال مادية صادرة عن الشخص ، فلا يتصور القول بوجود اهلية أداء له فى شأنها . ذلك أن أهلية الاداء تفترض — على اى نحو فهم مدلولها — وجود صلاحية أو قدرة معينة لدى الشخص على توليد الآثار القانونية بنفسه ، وليست للشخص مثل هذه الصلاحية أو القدرة فى شأن أعماله المادية . اذ ليس قيامه بها — حتى ولو كان اختياريا — هو الذى يولد بذاته الآثار القانونية عليها ، بل الذى يولد هذه الآثار هو القانون نفسه دون اعتداد باختياره وارادته ، فان كانت ثمة قدرة على توليد الآثار القانونية بشأن أعمال الشخص المادية ، فهى فى الواقع قدرة القانون لا قدرة الشخص او أهليته (٢) .

---

(١) فى هذا المعنى .

Marty et Raynaud. t I Ncs. 795, 796.

عبد الرازق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، هامش « ١ » ص ٢٦٩ . — عبد المنعم فرج الصدة ، فقرة ٨٤ — سليمان مرقس ، فقرة ٢٤٤ — اسماعيل غانم ، ص ١٨٧ و ١٨٨ .

ولكن أنظر عكس ذلك :

شفيق شحاته ، فقرة ٨٢ . — شمس الدين الوكيل ، ص ٤٩ — ٥٢ .

(٢) راجع فى ذلك : كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٩٠ و ٧٩١ .

(٢) التمييز بين أهلية الاداء وبين الولاية : اذا كانت أهلية الاداء تعنى صلاحية الشخص أو قدرته على التعبير عن ارادته تعبيرا منتجـا آثاره القانونية ، فهى تعنى هـذه الصلاحية او القدرة من حيث انتـاج الآثار القانونية لحساب نفس الشخص لا لحساب غيره من الاشخاص ، وهذا هو الفيصل بين أهلية الاداء وبين الولاية عمـوما والولاية على المـال خصوصا . فالولاية انما تعنى سلطة لشخص على نفس أو مال شخص آخر عديم أهلية الاداء أو ناقصها أساسا أو يقوم به مانع من موانعها أحيانا ، بمقتضاها يقوم من له الولاية بتصرفات قانونية تنتج أثرها فى حق أو مال المولى عليه . فالولاية اذن انما تفترض عدم قدرة المولى عليه على القيام بنفسه ولحسابه بالتصرفات القانونية نظرا لانعدام أو نقص أهليـة ادائه او وجود مانع من مباشرته اياها ، مما يوجب تغطية هذا العجز من جانبه بالتولية عليه ، بحيثتثبت للولى سلطة القيام — بدلا عنه ولحسابه — بما يعجز عن القيام به من تصرفات قانونية بحيث تنصرف اليه آثارها كما لو كان هو الذى أجراها . وسوف نقتصر فى هذا المقام على دراسـة أحـكام اهلية الاداء وحدها دون أحكام الولاية (١) .

٢٩٠ — منـاط أهلية الاداء

اذا كانت أهلية الاداء هى قدرة الشخص على التعبير بنفسه ولحسابه عن ارادته تعبيرا منتجا لآثاره القانونية ، فمقتضى ذلك وجوب توافر ارادة واعية بصيرة بما تتجه الى احداثه من أثر قانونى ، وهو ما يتطلب كامل الادراك والتمييز عند الشخص ، ولذلك يكون مناط أهلية الاداء هو كمال التمييز والارادة .

---

(١) راجع فى الولاية على النفس فى الشريعة الاسلامية :
عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق ، ص ٥٨ — ٦٥ . — عمر عبد الله ، أحكام الشريعة الاسلامية فى الاحوال الشخصية ، ص ١٥٠ — ١٦٩ .
وراجع فى الولاية على المـال :
كتابنا سالف الذكر فقرات ٣١٥ — ٣٢٤ ، ص ٨٢٩ — ٨٥٨ .

وتحديد مناط أهلية الاداء على هذا النحو ، لا يجعل الناس متساوين فيها لاستحالة تساويهم فى كمال التمييز والارادة وهو مناطهــا . ولذلك تتراوح اهلية الاداء عند الاشخاص الطبيعيين بين الانعدام والنقصان والكمال تبعا لانعدام أو نقص أو اكتمال التمييز والارادة عند كل منهم . فلا تكون للفرد أهليـــة أداء كاملة الا اذا كان كامل التمييز والارادة ، أما اذا كان ناقص التمييز والاراده او عديمهما ، فهو ناقص أهلية الاداء أو عديمها .

واذا أردنا أن نربط بين أهلية الاداء وأهلية الوجوب والشخصية من حيث ثبوتها للانسان ، لوجب القول بأن كل انسان تثبت له الشخصية ، ويكون له بمقتضى الشخصية حد أدنى من أهلية الوجوب ، فلا يتصور انسان دون أهليـــة وجوب ولو قاصره او محدوده . ولـــكن ثبوت الشخصية وأهلية الوجوب له أيا كان مداها ، لا يحتم الاعتراف له بأهلية أداء ، لان مناطها التمييز وقد يكون منعدما عنده .

وتحديد مناط أهلية الاداء على هذا النحو ، يتيح كذلك تمييز أهلية الاداء عما قد يشتبه بها من أوضاع تتعلق بعـــدم قابلية بعض الاموال للتصرف كالاموال العامة وأموال الوقف ، أو بمنع التصرف فى بعض الاموال بمقتضى شرط ارادى صحيح ، أو بحرمان بعض الاشخاص من التعامل أو التعاقد على أشياء معينة ، كحرمان القضاة والمحامين وكتبة المحاكم والمحضرين من شراء الحقوق المتنازع عليها والداخلة فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها (م ٤٧١ مدنى) ، وكحرمان النائب من التعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه بشرائه مثلا لنفسه الشىء المنوط به بيعه بموجب هـــذه النيابة (م ١٠٨ و ٤٧٩ مدنى) . فكل هذه الاوضاع لا شأن لهـــا بأهلية الاداء ، لانها لا تترتب على انعدام أو نقصان التمييز عند الاشخاص (١) . وانما

---

(١) أنظر فى التمييز بين أهلية الاداء وهذه الاوضاع :
عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ١٤٧ . ــ شفيق شحاته ، فقرة ٨٣ ، ص٧٢ .

تترتب هـــذه الاوضاع لاسباب أخرى بعيدة عن التمييز وعن أهلية الاداء . كحماية تخصيص معين لبعض الاموال يقتضى منـــع التصرف فيهـــا مثل التخصيص لمنفعة عامة أو لغرض من اغراض البر التى لا تنقطع أو لضمان تحقيق مصلحة مشروعة مدة معينة من الزمان ، أو كتنزيه القضـــاء وصيانة سمعته وتأكيد حيدته ، أو كحماية الاصيل من تحيز النائب اذا انفرد بالتعاقد باسمه مع نفسه .

٢٩١ — أنواع التصرفات القانونية التى ترد عليها الاهلية

اذا كانت أهلية الاداء هى قدرة الشخص على التعبير بنفسه عن ارادته تعبيرا منتجا لآثاره القانونية فى حقه . فمعنى ذلك قدرته على أن يجـــرى بنفسه ولحسابه التصرفات القانونية كلها بأنواعها المختلفة ، وهو ما يقتضى بيان هذه الانواع من حيث تعلقها بأهلية الاداء واهميتها لها .

والقانون يقسمها — من هذا الوجه — أنواعا ثلاثة : تصرفات نافعـــة نفعا محضا ، وتصرفات ضارة ضررا محضـــا ، وتصرفات دائرة بين النفع والضرر . أما التصرفات النافعة نفعا محضا ، فهى تلك التى ترتب اغتناء من يباشرها دون مقابل يعطيه ، كقبول الهبة . وأما التصرفات الضـــارة ضررا محضا ، فهى تلك التى ترتب افتقار من يباشرها دون مقابل يأخذه ، كالايهاب والايصاء . وأما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، فهى تلك التى لا ترتب لمن يباشرها اغتناء محضا ولا افتقارا محضا لانها قائمة على تقابل بين أخذ وعطاء فتحتمل بطبيعتها الكسب كما تحتمل الخسارة (١) ، ويدخل تحت هذا النوع من التصرفات ما يسمى بأعمال التصرف التى ترمى الى التصرف فى ذات الشىء كالبيع ، وما يسمى بأعمال الادارة وهى التى

---

(١) تكون العبرة بطبيعة التصرف لا بنتيجته . ولذلك فمهما حقق التصرف من كسب لمن باشره ، يظل — رغم ذلك — تصرفا دائرا بين النفع والضرر ، ما دام أنه بطبيعته يحتمل الكسب والخسارة على السواء .

ترمى فى الاصـــل الى مجرد استغلال الشىء كالايجار والتصرف فى غلتــه أو ريعـــه .

فاذا كان الشخص كامل أهليـــة الاداء ، ثبتت له قدرة مباشرة هـــذه التصرفات بأنواعهـــا الثلاثة . واذا كان عديم الاهلية ، امتنع عليه مطلقا مباشرة اى نوع منها . واذا كان ناقص الاهلية ، جاز له مباشرة النافع منها نفعا محضا ، وامتنع عليه مطلقا مباشرة الضار ضررا محضـــا ، وتوقفت مباشرته الدائر بين النفع والضرر منها وصحته على اذن أو اجازة من له الولاية عليه أو المحكمة على حسب الاحوال .

٢٩٢ — منهج البحث

اذا كان مناط أهلية الاداء كمال الارادة والتمييز ، فمقتضى ذلك تدرجها مع تدرج التمييز فى الانسان تبعا للسن ، وتأثرها — حتى بعد كمال التمييز والرشد — بما قد يعترض التمييز من عوارض تعدمه أو تنتقص منه . واذا اكتمل التمييز للانسان دون عارض يعترضه ، فتكون له أهلية أداء كاملة ، ولكن قد يعوقه أحد الموانع عن مباشرتها . فنعرض لاحكام الاهلية اذن فى تدرجها بتدرج السن ، وفى عوارضها ، ثم فى موانعها .

المطلب الاول
تدرج الاهلية بتدرج السن

لما كان مناط أهلية الاداء كمال التمييز ، وكان التمييز متدرجا عند الانسان تبعا للسن ، فان أهلية الاداء تتدرج اذن تبعا للتمييز والسن من الانعـــدام الى النقص الى الكمال .

٢٩٣ — انعـــدام الاهلية

قلنا ان أهلية الاداء مناطها كمال التمييز ، والتمييز منعدم تماما عند من لم يبلغ السابعة وهو من يعرف عادة لذلك باسم الصبى غير المميز ، فتكون

اهلية الاداء عنده منعدمة انعداما تاما . وقد نصت على ذلك المادة ٤٥ من التقنين المدنى بقولها « ١ — لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر فى السن .. — ٢ — وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقدا للتمييز » .

ومعنى انعدام اهلية الاداء عند الصبى غير المميز ، انعدام قدرته على اجراء أى نوع من أنواع التصرفات القانونية حتى ما كان منها نافعا له نفعا محضا كقبول الهبة ، اذ قوام التصرفات القانونية هو الارادة ، ولا ارادة عند من لم يبلغ السابعة من عمره . وبذلك تعتبر جميع تصرفاته القانونية باطلة لا يرتب القانون عليها أى أثر . وقد نصت على ذلك المادة ١١٠ من التقنين المدنى بقولها « ليس للصغير غير المميز حق التصرف فى ماله . وتكون جميع تصرفاته باطلة » .

والمقصود ببطلان جميع تصرفات الصبى غير المميز ، بطلانها بطلانا مطلقا اى اعتبارها منعدمة كأن لم تكن ، بحيث يكون لكل ذى مصلحة — سواء كان هو نفس الصغير بعد اكتمال أهليته ، أو الولى أو الوصى أو من تعاقد مع الصغير غير المميز — التمسك بالبطلان ، ويجب على المحكمة القضاء بالبطلان من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك به أحد من ذوى الشأن ، وتظل هذه التصرفات باطلة لا تصححها أية اجازة لاحقة من الصغير بعد اكتمال أهليته او من الولى او الوصى .

٢٩٤ — نقص الاهلية

تكون الاهلية ناقصة اى لا منعدمة تماما ولا مكتملة تماما ، فيما بين سن ابتداء التمييز وسن اكتماله أو سن الرشد ، أى فيما بين السابعة والحادية والعشرين ، اذ يكون التمييز فى هذا الدور من الحياة وسطا بين الانعدام والاكتمال ، فيكون الصبى المميز اذن — وهو من يكون بين هذين السنين — ناقص الاهلية . وعلى ذلك تنص المادة ٤٦ من التقنين المدنى بقولها : « كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد .. يكون ناقص الاهلية وفقا لما

يقرره القانون »٠. وقد بين القانون حكم القواعد العامة فى هذا الشأن . ولكنه ترخص فى الخروج عليها فى أحوال معينة .

(١) حكم القواعد العـــامة : الصبى المميز ناقص الاهلية (١) بمعنى أنه ليست له أهلية أداء الا فى صدد بعض التصرفات دون البعض الآخر . وتقضى القواعد العامة فى هذا الشأن بأنه يعتبر كامل الاهلية تماما — كمن بلغ سن الرشـــد — فيما يتعلق بالتصرفات النافعة له نفعا محضـــا ، فتصدر عنه صحيحة . وعلى العكس من ذلك ، يعتبر عديم الاهليـــة — كالصبى غير المميز — فيما يتعلق بالتصرفات الضارة به ضررا محضا ، فتقع باطلة بطلانا مطلقا لا تصححها أية اجازة (م ١/١١١ مدنى) .

أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، فالاصـــل أنه ليس للصـــبى المميز مباشرتها بنفسه ، وانما يباشرها عنه الولى أو الوصى . فان باشر الصبى المميز هذه التصرفات بنفســـه ، لم تكن صحيحة تماما ولا باطلة بطلانا مطلقا ، وانما تعتبر باطلة بطلانا نسبيا أى قابلة للابطال لمصـــلحة الصبى المميز نفسه (٢) (م ٢/١١١ مدنى) . بمعنى أنهـــا تكون صحيحة ولكن يمكن أن يطلب ابطالها من له الحق فى ذلك ، اى اما الولى أو الوصى واما الصبى المميز بعد بلوغه سن الرشد . فاذا قضى بابطال هذه التصرفات، اعتبرت كأن لم تكن (٣) . ولكن اذا أجاز هذه التصرفات من له حق اجازتها ،

---

(١) أنظر فى اعتراض البعض على وصف الصبى المميز بأنه ناقص الاهلية : سليمان مرقس ، هامش ، «٢» ص ٣٨٦ — ٣٨٨ .
وأنظر فى مناقشة هذا الاعتراض : كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ص ٧٩٧ .

(٢) لـــا كان ابطال تصرفات الصبى المميز الدائرة بين النفع والضرر مقصودا به حمايته ، فالاصل أنه ليس للطرف الاخر — سواء كان عالما أو جاهلا بنقص الاهلية — طلب الابطال بناء على هذا النقص . ولكن يبدو أنه ليس من حـــق القاصر فرض تصرفات قانونية على الغـــير لا يشاركه فيها مختارا ، كرفع دعوى قضائية على الغير ، فحينئذ يكون جائزا تخويل الغير طلب الابطـــال كذلك .
أنظر فى هــــذا المعنى : نقض ١٤ ديسمبر ١٩٥٠ ، مجموعة أحـــكام محكمـــة النقض ، السنة الثانية ، رقم ٣١ ص ١٦٢ .

(٣) ومعنى ذلك فى الاصل اعادة المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد ، فان كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض مقابل . ولكن خروجا على هــــذا الاصل لا يلزم ناقص الاهلية — اذا قضى بالابطال لنقص أهليته — أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد (م ١٤٢ مدنى) .

اى المحكمة أو الولى او الوصى أو الصبى المميز نفسه بعــد بلوغه سن الرشد (١) ، تاكدت صحة هذه التصرفات نهائيا وامتنع طلب ابطالها بعد ذلك (م ١١١ / ٢ مدنى) .

(٢) الخروج على حكم القواعد العامة : ذلك هو حكم القواعد العامة فى مدى أهلية الصبى المميز او القاصر لمباشرة التصرفات القانونيــة . غير أن المشرع قد خرج على هذا الحكم فى حالات استثنائية أوردها على سبيل الحصر ، نعرض لها فيما يلى :

(١) تنص المادة ٦١ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالولاية على المال ، على ان « للقاصر اهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لاغراض نفقته ، ويصح التزامه المتعلق بهــذه الاغراض فى حدود هــذا المال فقط » . وبذلك تصبح للصبى المميز مطلقا ومنذ بلوغ سن السابعة (٢) أهلية أداء كاملة (٣) فيما يتعلق بالتصرف فى أموال نفقته دون توقف على اجازة أحد . ولكن المشرع راعى مصلحته بأن قرر له ذمة خاصة بأغراض نفقته الى جوار ذمته العامة ، بحيث لا تكون الديون المتعلقة بهذه الاغراض مضمونة الا فى حدود المال المخصص لها ، فلا تكون مضمونة بأموال ذمته العامة .

(٢) تنص المــادة ٦٢ من قانون الولاية على المــال على أن « للقاصر أن يبرم عقد العمل الفردى وفقا لاحكام القانون ... » . والقانون انمــا يقصد بذلك الاعتراف للقاصر منذ بلوغه السابعة بأهلية أداء كاملة فى ابرام

---

(١) ولكن يسـقط حق الصبى المميز فى الابطال اذا لم يتمسك به خلال ثلاث سـنوات من هذا البلوغ الذىأزال نقص أهليته (م ١٤٠ مدنى) .

(٢) انظر فيما يراه البعض من الاعتراف بالاهلية فى هـذه الحالة حتى للصبى غير المميز : منصور مصطفى منصور نظرية الحق ، ١٩٦٢ ، ص ١٥٣ .

(٣) قارن مع ذلك :
اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ١٩٥٨ ، ص ١٩٢ . — منصور مصطفى منصور ، ص ١٥٣ — ١٥٤ .

عقد العمل بوصفه عاملا (١) ، لا بوصفه رب عمل لان ذلك يقتضى ان تكون له سلطة ادارة أمواله أو بعضها وهو ما لا يتحقق قبل الثامنة عشرة (٢) ، وهو يستهدف من ذلك تأكيد حرية الصغار فى العمـــل واختيار نوعه دون أن يجبروا عليه من قبل الولى او الوصى ، ماداموا قد بلغوا سن بدء التمييز وهى السابعة . ولكن مقابل هذه الحرية الكبيرة المعطاة للقاصر للتعـاقد كعامل ، جعل المشرع للمحكمة حق التعقيب على استعماله لها . بأن أعطاها سلطة خطيرة فى انهاء ما أبرمه القاصر من مثل هذا العقد ، بناء على طلب الوصى أو ذى شأن ، اذ كان فى الانهاء مصلحة جدية للقاصر أو مصلحة أخرى ظاهرة (م ٦٢ من قانون الولاية على المال) ، بأن كانت صحته مثلا لا تحتمل مشاق العمل أو كان من مصلحته توجيهه توجيها آخر الى احتراف مهنـــة أخرى أو اكمال تعليمه بما يتيح له مستقبلا أوسع ويضمن له مركز أفضل . وواضح أن قرار المحكمة بانهاء العقد لا يعنى ابطاله ، فقد عقد صحيحا من شخص يعترف له المشرع ـــ رغم قصره ـــ بأهلية كاملة فى ابرام عقد العمل الفردى ، ولذلك لا تنصرف آثار هذا الانهاء الى الماضى وانما الى المستقبل وحـــده .

(٣) تنص المادة ٦٣ / ١ من قانون الولاية على المال ، على أن « يكون القاصر الذى بلغ السادسة عشرة أهلا للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره ، ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذى يكســـبه من مهنته أو صناعته » . وبذلك تصبح للقاصر بقوة القانون اذا بلغ السادسة

---

(١) ولكن اذا كان بلوغ سن التمييز كافيا لابرام عقد العمل من جانب العامل ، الا أنه يجب مراعاة ما يفرضه المشرع المصرى من حد أدنى لسن تشغيل العمال ، بحيث تعتبر عقود العمال القصر الذين لا يبلغون الثانية عشرة (أو الخامسة عشرة أو السابعة عشرة حيث يكون ذلك متطلبا) باطلة مطلقا لمخالفتها هذا الحد الادنى الآمر ، وذلك رغم ما يتوافر لهم من أهلية ابرامها (أنظر كتابنا أصول قانون العمل ، ج ١ ، عقد العمل ، ١٩٦٤ ، فقرة ٤٦ ، ص ١٨٧) .

(٢) فى هذا المعنى :

محمد حلمى مراد ، قانون العمل والتأمينات الاجتماعية ، الطبعة الرابعة ، ١٩٦١ ، فقرة ٢٢٠ ـــ كتابنا أصول قانون العمل ، ج ١ ، فقرة ٤٦ ، ص ١٨٥ و ١٨٦ .

عشرة أهلية أداء كاملة فيما يتعلق بالتصرف فى الاجر أو المرتب (١) الذى يحصل عليه من وراء عمله الخاص ، فيكون تصرفه فى هذا الشأن صحيحا غير متوقف على اجازة أحد . غير أنه مراعاة لمصلحته ، قرر المشرع أن التزاماته فى هذا الشأن لا يتعدى أثرها حدود كسبه ، وبذلك جعل له ذمة خاصة بكسبه الى جوار ذمته العامة . ولكن يكون للمحكمة ، اذ اقتضت المصلحة وحماية للقاصر ، أن تقيد حقه فى ماله المذكور ، وعندئذ تجرى أحكام الولاية والوصاية (م ٦٣ / ٢) .

(٤) تنص المادة ١١٢ من التقنين المدنى على أنه « اذا بلغ الصبى المميز الثامنة عشرة من عمره ، وأذن له فى تسلم أمواله لادارتها أو تسلمها بحكم القانون ، كانت أعمال الادارة الصادرة منه صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون » . وبمقتضى هذا النص تكون للصبى المميز البالغ الثامنة عشرة اهلية اداء كاملة فيما يتعلق بأعمال الادارة وحدها دون أعمال التصرف ، بشرط أن يؤذن له فى تسلم امواله كلها او بعضها لادارتها ممن يملك هذا الاذن ، أى من الولى باشهاد لدى الموثق أو من المحكمة بعد سماع أقوال الوصى (م ٥٤ و ٥٥ من قانون الولاية على المال) .

ويفرض قانون الولاية على المال قيودا معينة على أهلية أداء القاصر المأذون فى شأن أعمال الادارة ، فلا يجيز له تأجير المبانى لمدة تزيد على سنة، ولا التصرف فى صافى دخله (٢) الا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانونا (م ٥٦) . ويخضع القاصر المأذون فى الادارة — فضلا عن ذلك —

---

(١) أنظر فيا يقرره تقنين العمل للقاصر البالغ الرابعة عشرة من أهلية قبض الاجر ، وفى انعدام التناسق بين هذا الحكم وبين حكم قانون الولاية على المال باعطاء القاصر البالغ السادسة عشرة أهلية التصرف فى الاجر :
كتابنا سالف الذكر ، ج ١ فقرة ٩٢ ، ص ٤٤٨ و ٤٤٩ .

(٢) يخرج عن ذلك دخله من عمله ، اذ تثبت له منذ بلوغه السادسة عشرة أهلية التصرف الكاملة فيه كما سبق البيان (فى هذا المعنى : عبد المنعم البدراوى ، متن وهامش «١» ص ٦٢٧) .

لرقابة المحكمة ، اذ عليه أن يقدم حسابا سنويا يؤخذ عند النظر فيه رأى الوصى . ويجوز للمحكمة أن تحد من الاذن المعطى للقاصر أو تسلبه اياه بعد سماع أقواله ، اذا قصر فى تقديم الحساب السنوى أو أساء التصرف فى ادارته أو قامت أسباب يخشى معها من بقاء الاموال فى يده (م ٥٨ و ٥٩ من قانون الولاية على المال) . ويجوز للولى كذلك — اذا كان هو الذى اذن للقاصر فى تسلم كل أمواله أو بعضها لادارتها — أن يسحب هذا الاذن أو يحد منه باشهاد لدى الموثق (م ٥٤ من قانون الولاية على المال) .

(٥) تنص المادة ٥٧ من قانون الولاية على المال على أنه « لا يجوز للقاصر ، سواء كان مشمولا بالولاية أو الوصاية ، أن يتجر الا اذا بلغ الثامنة عشرة من عمره واذنته المحكمة فى ذلك اذنا مطلقا أو مقيدا » على حسب ما تتبين من ظروفه . ويراعى أن الاذن للقاصر بالتجارة وان كان يستوى مع الاذن له بالادارة فى اشتراط بلوغه الثامنة عشرة ، الا انه لا يصدر الا من المحكمة وحدها حتى مع وجود الولى ، بينما يكفى اذن الولى لمباشرة أعمال الادارة ، وما ذلك الا زيادة احتياط وتدقيق فى الترخيص للقاصر بالتجارة نظرا لما يحفها من مخاطر يخشى منها على أمواله (١) .

(٦) رغم أن الايصاء تصرف من التصرفات الضارة ضررا محضا ، فلا يجوز من الصبى المميز ويعتبر باطلا بطلانا مطلقا ان اجراه ، الا أن قانون الوصية اجاز وصية القاصر البالغ الثامنة عشرة بشرط حصوله على اذن من المحكمة (م ٥) ، مراعيا فى ذلك أن الوصية تصرف مضاف الى ما بعد الموت فلا تلحق ضررا حالا بالقاصر وانها على اى حال معلقة على اذن المحكمة وموافقتها (٢) . وبذلك تعتبر وصية مثل هذا القاصر — خلافا

---

(١) أنظر فى أهلية القاصر المأذون له فى التجارة :
مصطفى كمال طه ، ج ١ ، فقرات ٢٠٠ و ٢٠١ .

(٢) فى هذا المعنى :
عبد المنعم فرج الصدة ، فقرة ٩٥ .

لطبيعتها — فى حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، أى تكون باطلة بطلانا نسبيا ان أجراها دون الحصول على الاذن المذكور ، فتكون صحيحة حتى يحكم بابطالها اذا طلب الابطال القاصر بعد بلوغه سن الرشد أو وليه أو وصيه قبل ذلك ، وتتأكد صحتها نهائيا أن اجازتها المحكمة أو أجازها القاصر بعد بلوغ سن الرشد .

٢٩٥ — كمال الاهليـــة

اذا بلغ الشخص سن الرشد — وهى احدى وعشرون سنة فى القانون المصرى — اعتبره القانون فى الاصل كامل التمييز والارادة الواعية البصيرة. ولما كان كمال التمييز والارادة مناط أهلية الاداء ، فيكون هذا الشخص كامل الاهلية كمالا مطلقا بحيث يملك اجراء كل انواع التصرفات القانونية بنفسه ، سواء منها النافع نفعا محضا والضار ضررا محضا والدائر بين النفع والضرر (م ٤٤ مدنى) .

واكتمال أهلية الشخص ببلوغ سن الرشد على هذا النحو ، معناه انتهاء الولاية أو الوصاية التى كانت مقامة عليه ، ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية أو الوصاية عليه (م ١٨ و ٤٧ / ١ من قانون الولاية على المال) ، بسبب اصابته بعارض يفقد قواه العقلية كالجنـــون أو العته (١) أو يخل بتقديره وتدبيره كالسفه أو الغفلة . ومتى تقرر استمرار الولاية أو الوصاية بعد بلوغ سن الرشد ، فتظل قائمة لا يرفعها الا قرار من المحكمة فى حال رجوع العقل أو اعتدال التقدير ، فيصبح الشخص به حينئذ كامل الأهلية .

---

(١) أنظر فيما يراه البعض من استمرار الولاية أو الوصاية فى حالتى الجنون والعته وحدهما دون حكم سابق من المحكمة بذلك :

عبد الفتاح عبد الباقى ، ص ٩٢ و ٩٣ ، وهامش «١» ص ٩٣ .

وانظر فى مناقشة هذا الرأى :

كتابنا أصول القانون ، هامش «٢» ص ٨٠٥ .

المطلب الثـانى
عوارض الاهليــة

٢٩٦ — أثر عوارض الاهلية فى اعدامها أو الانتقاص منها

اذا بلغ الشخص سن الرشد غير محكوم باستمرار الولاية أو الوصاية عليه ، اعتبر منذ هذا البلوغ كامل اهلية الاداء . والاصل أن يستمر كمال اهليته حتى انتهاء شخصيته بالموت . ولكن قد يطرأ على عقل الشخص عارض يعدم تمييزه وارادته كالجنون والعتة فيعده القانون عديم الاهلية ، أو يطرأ على تقديره عارض يخل بحسن تدبيره وبصره بالامور كالسفه والغفلة فيعده القانون ناقص الاهلية . ويحجر عليه فى الحالتين بحكم يصـــدر من المحكمة ، وينصب الحكم قيما عليه ، ولا يرفع الحجز عنه الا بحكم يقضى بذلك .

٢٩٧ — الجنون والعتــه

يقصد بالجنون ذلك المرض الذى يصيب العقل فيفقده ويعدم التمييز ، وبالعتــه ذلك الخلل الذى يعترى العقل دون أن يبلغ مبلــغ الجنــــون فيجعل صاحبه مختلط الكلام قليل الفهم . والاصل أن العته لا يعدم التمييز دائما كالجنون ، فقد يقتصر أحيانا على مجرد الانتقاص منه ، مما كان ينبغى معه التفريق فى الحكم بين العتة المعدم للتمييز والمساوى للجنون وبين مجرد العتة المنتقص من التمييز . ولكن القانون المصرى — أمام دقة التمييز بين نوعى العته — اغفل هذا التفريق (١) ، وسوى فى الحكم بين المجنون وبين المعتوه عمــوما ، فاعتبر كلا منهما عديم الاهليــة كالصبى غير المميز (٢)

---

(١) انظر فى الاخذ بهذا التفريق فى الشريعة الاسلامية :
احمد ابراهيم ، الاهلية وعوارضها والولاية فى الشرع الاسلامى ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الاولى ، ص ٣٥٢ وما بعدها ، انظر ص ٣٧٣ و ٣٧٤ . — عمر عبد الله ، سلم الوصول لعلم الاصول ، ص ١٠٣ .

(٢) قارن مع ذلك :
عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ١٥٧ . — سليمان مرقص ، فقرة ٢٤٦ .

اذ نص على أنه « لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر فى السن أو عته أو جنون » (م ٤٥ / ١ مدنى) . ويراعى أن المشرع المصرى فىاعتباره الجنون معدما للاهلية ، لا يفرق — كما يفعل فقهاء الشريعة الاسلامية — بين جنون مطبق كامل يستوعب كل الاوقات وبين جنون غير مطبق متقطع بالافاقة فى بعض الاوقات (١) ، وحسنا فعل ، لان ذلك ادعى الى الحسم والقطع فى أمر كهذا يستعصى على الاثبات ويفتح الباب واسعا لكثير من المنازعات .

وعلى ذلك ، فكل تصرفات المجنون والمعتوه تكون باطلة بطلانا مطلقا ، سواء منها النافع له نفعا محضا والضار ضررا محضا والدائر بين النفع والضرر . غير أن اجراء حكم البطلان يفترض فى الاصل صدور قرار من المحكمة بالحجر على المجنون أو المعتوه وتنصيب قيم عليه (م ٦٥ من قانون الولاية على المال) ، لان الجنون والعتة عارضان طارئان خلافا للاصل من اكتمال الاهلية منذ بلوغ سن الرشد . ولكن تحذير الكافة من احتمال توقيع الحجر على المجنون أو المعتوه واعلامهم بهذا التوقيع من بعد ، يقتضى تسجيل طلب الحجر أو قرار الحجر ، بحيث لا يعتد بأثر الجنون أو العته المعدم للاهلية الا منذ هذا التسجيل . وعلى هذا النحو ، اذا صدر من المحكمة قرار بالحجر على المجنون أو المعتوه ، فيعتبر فى حكم فاقد الاهلية فى مواجهة الكافة من تاريخ تسجيل طلب الحجر أو من تاريخ تسجيل قرار الحجر اذا لم يسجل الطلب ، بحيث تقع كل تصرفاته الصادرة بعد هذا التسجيل أو ذاك باطلة بطلانا مطلقا (م ١/١١٤ مدنى ، و م ٢/١٠٢٨ مرافعات) (٢) .

---

(١) أنظر فى هذه التفرقة :
أحمد ابراهيم ، المقالة السابقة ، ص ٣٧٣ . — عبد الوهاب خلاف ، أحكام الاحوال الشخصية ، ص ٢٣٧ و ٢٣٨ . — عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٩٥ .

(٢) هذه المادة من بين مواد قانون المرافعات الملغى التى لم يلغها قانون المرافعات الجديد بل أبقى على العمل بها بعد نفاذه .

ومقتضى اعتبار المجنون أو المعتوه غير فاقد الاهلية الا منذ تسجيل طلب أو قرار الحجر ، أن يظل معتبرا كامل الاهلية الى حين حصول مثل هـذا التسجيل ، فلا تعتبر تصرفاته فى هذه الفترة باطلة على أساس انعدام الاهلية رغم قيام حالة الجنون او العته فى الواقع . ومع ذلك ، فهى تعتبر فى الاصل باطلة فى هذه الفترة على اساس آخر هو انعدام الارادة عنده وهى قوام التصرفات القانونية . ولكن اذا كان من شأن اطلاق هذا الحكم بسط حماية كبيرة على المجنون أو المعتوه ، الا أن هذه الحماية تتحقق على حساب الغير حسن النية . لذلك رأى المشرع المصرى فى التقنين المدنى الحالى (١) أن لا يحمى المجنون أو المعتوه فى هذه الفترة الا بالقدر الذى لا يضر المتعاقد معه حسن النية ، فنص على انه « اذا صدر التصرف قبـل تسجيل قرار الحجر (أو تسجيل طلب الحجر « م ١٠٢٨ / ٢ مرافعات »)، فلا يكون باطلا الا اذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر على بينة منها » (م ١١٤ / ٢) .

وعلى هذا النحو ،لايوجد ما يحول دون اعمال الاصل وتوفير أكبر قدر من الحماية للمجنون أو المعتوه فى الفترة السابقة على تسجيل طلب أو قرار الحجر ، باعتبار كل تصرفاته خلالها باطلة بطلانا مطلقا لانعدام الارادة ، اذا كان المتعاقد معه سيء النية يعلم بقيام حالة الجنون أو العتة أو كان من اليسير أو الواجب عليه العلم بها نظرا لشيوعها . أما اذا كان المتعاقد معه حسن النية لا يعلم بحالة الجنون أو العتة أو لم يكن فى استطاعته العلم بها لعدم ذيوعها وشيوعها ، فرعاية لحسن نيته وتحقيقا للامن والاستقرار فى المعـاملات ، يترخص المشرع فى رفع الحماية عن المجنون أو المعتـوه

---

(١) كان القضاء المصرى جاريا فى ظل التقنين المدنى القديم على اطلاق حكم البطلان حماية للمجنون والمعتوه ،

أنظر بخاصة فى ذلك :

نقض ٢٩ ديسمبر ١٩٤٩ ، مجموعة أحكام محكمة النقض ، دار النشر للجامعات ، السنة الاولى ، رقم ٤٣ ، ص ١٤٩ . — نقض ٢٢ نوفمبر ١٩٥١ ، مجموعة المكتب الفنى لاحكام محكمة النقض ، السنة الثالثة ، رقم ١٨ ، ص ٩٣ .

والخروج على الاصل من وجوب اعتبار تصرفاته فى هذه الفترة باطلة لانعدام الارادة ، فيجعـــل لهذا المتعـــاقد حق التمسك بصحة تصرفات المجنـــون أو المعتوه (١) .

٢٩٨ — الســـفه والغفلة

يقصد بالسفه التبذير والسرف فى انفاق المـــال على غير ما يقضى به العقل (٢) . ويقصد بالغفلة سهولة التردى فى الغبن لسلامة القلب والنية وبساطة العقل وعدم كمال التمييز بين الرابح والخاسر من التصرفات (٣) .

(١) نقص أهلية السفيه أو ذى الغفلة فى الاصل بالحجر عليه : نظرا لان السفه والغفلة لا يعتبران معدمين للعقل أو التمييز ، بل يصيبان بالخلل سلامة التقدير وحسن التدبير ، فان القانون يعد كلا من الســـفيه وذى الغفلة فى الاصل ناقص الاهلية (م ٤٦ مدنى) ، ويسوى بذلك بينه وبين الصبى المميز فى الحكم . وعلى ذلك ، تكون تصرفات السفيه وذى الغفلة صحيحة اذا كانت نافعة له نفعا محضا ، وتكون باطلة بطلانا مطلقا اذا كانت ضارة به ضررا محضا ، وتكون باطلة بطلانا نسبيا أى قابلة للابطال اذا كانت دائرة بين النفع والضرر .

---

(١) فى هذا المعنى :
عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ٥٦ ١ . — سليمان مرقس ، فقرة ٢٤٦ . — شمس الدين الوكيل ، ص ٨٠ و ٨١ . — أنور سلطان ، ج ١ ، فقرة ٦٥ . — اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ١٩٥٨ ، ص ٢١٠ و ٢١١ .
نقض ٢٢ نوفمبر ١٩٥١ المشار اليه فى الهامش السابق .

ومع ذلك ، يذهب بعض الفقهاء الى أن تصرفات المجنون أو المعتوه قبل تسجيل طلب أو قرار الحجر تقع باطلة حتى ولو كان الجنون أو العته غير شائع أو كان الطرف الاخر على غير بينة منه ، وذلك على أساس انعـــدام الارادة (عبد المنعم فرج الصـــدة ، فقرة ١٠٤ . — عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ٦٩ ، ص ١٠٥ — ١٠٧) .
ولكن أنظر فى انتقاد هذا الرأى : كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ص ٨١١ — ٨١٢ . — منصور مصطفى منصور ، هامش ص ١٧٨ .

(٢) أنظر نقض ٢٠ يونية ١٩٥٧ ، مجموعة المكتب الفنى لاحكام النقض ، السنة الثامنة ، رقم ٦٩ ، ص ٦١٩ .

(٣) أنظر نقض ٢٣ ديسمبر ١٩٥٤ ، المجموعة السالفة الذكر ، السنة السادسة ، رقم ٤٩ ، ص ٣٨٦ .

غير أنه لما كان السفه والغفلة عارضين طارئين خلافا للاصل من اكتمال الاهلية منذ بلوغ سن الرشد ، فان أثرهما فى الانتقاص من الاهلية بعد كمالها — كأثر الجنون والعتة فى اعدام الاهلية — لا يتحقق الا بقرار يصدر من المحكمة بالحجر على السفيه أو ذى الغفلة (١) وتنصيب قيم عليه (م ٦٥ من قانون الولاية على المال) . ويعتد المشرع فى ذلك — كما يعتد فى شأن الجنون والعته — بتسجيل طلب أو قرار الحجر ، بحيث لا تأخذ تصرفات السفيه أو ذى الغفلة المحجور فى مواجهة الكافة حكم تصرفات الصبى المميز الا اذا أصدرت منه بعد تسجيل طلب الحجر أو بعد تسجيل قرار الحجر اذا لم يسجل الطلب (م ١١٥ / ١ مدنى ، و م ١٠٢٨ / ٢ مرافعات) . فما يصدر منها بعد هذا التسجيل ، يكون صحيحا اذا كان نافعا نفعا محضا ، وباطلا بطلانا مطلقا اذا كان ضارا ضررا محضا ، وقابلا للابطال اذا كان دائرا بين النفع والضرر .

أما تصرفات السفيه أو ذى الغفلة المحجور التى تصدر قبل تسجيل طلب أو قرار الحجر ، فتعتبر كلها فى الاصل صحيحة . ولكن حماية مال السفيه أو ذى الغفلة من نفسه أو من الغير ، يقتضى الخروج على هذا الاصل ، بتقرير نقص أهليته وبطلان تصرفاته أو قابليتها للابطال على حسب الاحوال رغم وقوعها قبل هذا التسجيل ، فى مواجهة المتعاقد معه سىء النية الذى يقصد بالتعاقد استغلال حالته من السفه أو الغفلة أو يبيت به معه التوقى من آثار الحجر المتوقع تحايلا وتواطؤا على حكم القانون ، لذلك قضى المشرع بأن التصرف الصادر من السفيه أو ذى الغفلة قبل تسجيل طلب أو قرار الحجر « لا يكون باطلا أو قابلا للابطال الا اذا كان

---

(١) أنظر فى أختلاف فقهاء الشريعة الاسلامية وبخاصة فى اختلاف أبى حنيفة والصاحبين حول جواز الحجر على السفيه أو ذى الغفلة البالغ :
أحمد ابراهيم ، المقالة السابقة ، ص ٥٢٣ — ٥٢٦ . — عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق ، ص ٢٣٩ و ٢٤٠ . — عمر عبد الله ، المرجع السابق ، ص ١١٢ — ١١٥ . — محمد مصطفى شلبى ، المدخل لدراسة الفقه الاسلامى ، ص ٣٢٠ — ٣٢٢ .

نتيجة استغلال أو تواطؤ » (م ٢/١١٥ مدنى ، و م ٢/١٢٠٨ مرافعات) .
وعلى هذا النحو ، لا يكفى لبطلان أو ابطال تصرفات السفيه أو ذى الغفلة المحجور الواقعة قبل تسجيل طلب أو قرار الحجر مجرد شيوع حالة السفه أو الغفلة أو حتى علم المتعاقد معه بهذه الحالة ، بل يجب أساسا توافر الاستغلال من جانب الاخير لهذه الحالة أو قيام التواطؤ بينه وبين السفيه أو ذى الغفلة على تمكينه من التهرب مقدما من آثار الحجر المرتقب .

(٢) الخروج على اصل نقص اهلية السفيه او ذى الغفلة المحجور :
اذا كان مقتضى الاصل اعتبار السفيه أو ذى الغفلة المحجور ناقص الاهلية على النحو السالف ذكره ، الا أن المشرع قد خرج صراحة على هذا الاصل فى الحالتين الآتيتين :

(١) أجاز القانون للسفيه ولذى الغفلة المحجور عليهما الايصاء [١] بشرط الحصول على اذن من المحكمة (م ١١٦ / ١ مدنى) ، وذلك رغم أن هذا التصرف من التصرفات الضارة ضررا محضا مما كان ينبغى معه اعتباره — طبقا للاصل — باطلا بطلانا مطلقا . وبذلك تأخذ وصية السفيه أو ذى الغفلة المحجور استثناء حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، فتكون قابلة للابطال اذا صدرت منه دون اذن من المحكمة .

(٢) اجاز القانون للسفيه ولذى الغفلة المحجور عليهما مباشرة أعمال الادارة اذا أذن لهما من المحكمة فى تسلم كل أو بعض أموالهما لادارتها ، فتكون لهما اذن أهلية أداء كاملة فى شأن هذه الاعمال على التفصيل الذى سبق بيانه فى أهليـة القاصر البالغ الثامنة عشرة والمأذون له بالادارة [٢] (م ٦٧ من قانون الولاية على المال) .

---

(١) يقرر النص كذلك صحة الوقف الصادر من السفيه أو ذى الغفلة المحجور متى أذنته المحكمة فيه . ولكن لم يعد متأتيا اليوم هذا التصرف من جانبه ، لان الاصل فى اباحته له وقفه على نفسه فى حياته أولا ، وقد الغى أخيرا نظام الوقف على غير الخيرات (فى هذا المعنى : محمد سامى مدكور ، ص ١٠١ . — كتابنا سالف الذكر ، ص ٨١٨) .

(٢) ولكن يراعى أن الاذن بالادارة للسفيه أو ذى الغفلة المحجور لا تملكه الا المحكمة وحدها طبقا لصريح نص المادة ٦٧ من قانون الولاية على المال ، بينما يملك الاذن بالادارة للصبى البالغ الثامنة عشرة الولى أو المحكمة على السواء (م ٥٤ و ٥٥ من قانون الولاية على المال).

واذا كان المشرع يقتصر على التصريح بالخروج على أصل نقص أهلية السفيه أو ذى الغفلة المحجور فى الحالتين المتقدمتين ، فيجب أن لا يستخلص من ذلك أن الخروج على حكم الاصل فى شأنه قاصر على هاتين الحالتين وحدهما . اذ يمكن عن طريق القيـــاس الاعتراف للسفيه أو ذى الغفـــلة بأهلية أداء كاملة فى الحدود المعترف للصبى المميز بها ، الا حيث يتعـــذر هذا القياس لتعارض بعض الاعمال المأذون بها هـــذا الصبى مع حالة السفه أو الغفلة . ولذلك نرى انه يكون للسفيه أو ذى الغفلة أهلية التصرف — كالصبى المميز عموما — فيما يخصص له من مال لاغراض نفقتـــه وفى ابرام عقد العمل الفردى ، وأهلية التصرف — كالصبى البالغ الســـادسة عشرة — فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره . ولكننا لا نرى تســـوية السفيه أو ذى الغفلة بالقاصر البالغ الثامنة عشرة من عمره من حيث جواز الاذن له من المحكمة بمباشرة التجارة (١) ، لتنافى حالة السفه والغفـــلة تنافيا تاما مع ما تقتضيه التجارة من اســـتقامة واعتدال التدبير وحســـن النظر الى الامور .

المطلب الثالث
موانع الاهليـــة

٢٩٩ — طبيعة موانع الاهلية وتعدادها

اذا بلغ الشخص سن الرشد ولم يحجر عليه من بعد لعارض من عوارض الاهلية المتقدم ذكرها ، فيظل على حالة من كمال أهليـــة الاداء . غير أن ثم ظروفا قد تقوم فتمنعه منعا كليا أو جزئيا — رغم كمـــال أهليته — من امكان مباشرة التصرفات القانونية بنفسه أو بمفرده . لذلك يجعل القانون لمثل هـــذا الشخص نائبا يقوم عنه بمباشرة هذه التصرفات أو يعينه على مباشرتهـــا .

---

(١) أنظر عكس ذلك :
مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٢٠٦ .

وموانع الاهلية ثلاثة : مانع مادى هو الغيبة ، ومانع قانونى هو الحكم بعقوبة جناية ، ومانع طبيعى هو وجود عاهة مزدوجة أو ضعف جسمانى شديد . ولا تنقتص هذه الموانع من كمال تمييز أو ارادة من تقوم به . ولذلك يظل الغائب أو المحكوم عليه أو ذو العاهة المزدوجة أو الضعف الجسمانى كامل الاهلية كما يقضى الاصل ، وان امتنعت عليه مباشرة أهليته واجراء التصرفات القانونية بنفسه أو بمفرده . فنعرض فيما يلى لهذه الموانع على الترتيب المتقدم .

٣٠٠ — المانع المادى بالغيبة

يقضى قانون الولاية على المال بأن تقيم المحكمة وكيلا عن الغائب كامل الاهلية أو تثبت وكيله العام القائم متى كانت قد انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه وترتب على ذلك تعطيل مصالحه ، فى حالة ما اذا كان مفقودا لا تعرف حياته أو مماته ، وفى حالة ما اذا لم يكن له محل اقامة ولا موطن معلوم ، أو كانله محل اقامة أو موطن معلوم فى الخارج واستحال عليه أن يتولى شئونه بنفسه أو أن يشرف على من ينيبه فى ادارتها (م ٧٤ و ٧٥) . فالغيبة التى يتحقق بها مانع الاهلية (١) قد تكون اذن غيبة يعتبر فيها الغائب فى حكم المفقود الذى لا تعلم حياته من مماته ، وقد تكون غيبة محققة معها حياة الغائب ، ما دامت انقضت فى الحالين مدة سنة أو أكثر على ابتداء الغيبة . اذ فى الحالة الاولى يتوافر المانع دائما لاستحالة مباشرة المفقود شئونه ، ولكنه لا يتوافر فى الحالة الثانية الا حيث يستحيل على الغائب مباشرة التصرفات القانونية التى تقتضيها مصالحه أو الاشراف على من انابه فى مباشرتها ورعاية شئونه .

---

(١) ظاهر أن الغيبة لا تعتبر من موانع الاهلية الا اذا كان الغائب فى الاصل كامل الاهلية ، لانه لو كان عديمها أو ناقصها لكانت الولاية على ماله ثابتة من الاصل لولى أو وصى أو قيم ، فلا يوجد رغم الغيبة اذن ما يمنع من مباشرة شئونه ، اذ يباشرها عنه الولى أو الوصى أو القيم (فى هذا المعنى : سليمان مرقس ، فقرة ٢٢٠ ، ص ٣٤٤ — كتابنا سالف الذكر ، فقرة ٣١٢ ص ٨٢١ و ٨٢٢ .

ولما كانت الغيبة مجرد مانع يقوم بالغائب فيمنعه من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه مما يقتضى تعيين وكيل يقوم بهذه المباشرة نيابة عنه ، فان الغيبة تنتهى هى وآثارها بزوال سببها ، سواء بعودة الغائب أو توصله من بعد — رغم استمرار الغيبة — الى تولى شئونه بنفسه أو الاشراف على من ينيبه فى ادارتها . وكذلك تنتهى الغيبة اذا لم يعد لها محل ، سواء بموت الغائب ، أو بالحكم — اذا كان مفقودا — باعتبـــاره ميتا (م ٧٦ من قانون الولاية على المـــال) .

٣٠١ — المانع القانونى بالحكم بعقوبة جناية

تنص المـــادة ٢٥ / رابعا من تقنين العقوبات على أن كل حـــكم بعقوبة جناية يستلزم حتما حرمان المحكوم عليه مدة اعتقاله من مباشرة أعمـــال الادارة الخاصة بأمواله وأملاكه . ويكون له تعيين قيم تقره المحكمة المدنية التابع لها محل اقامته ليقوم بمباشرة هذه الاعمال عنـــه ، والا عينت له المحكمة قيما بناء على طلب النيابة العامة أو ذى مصلحة فى ذلك . وفضلا عن ذلك ، تمتنع على المحكوم عليه بعقوبة جناية مباشرة أعمال التصرف الا بناء على اذن من المحكمة المدنية المذكورة ، وكل تصرف يباشره دون الحصول على هذا الاذن يعتبر باطلا بطلانا مطلقا .

فالحكم بعقوبة جناية اذن مانع قانونى يمنع المحكوم عليه بها من مباشرة أعمال الادارة الا بواسطة قيم ، ومن مباشرة أعمال التصرف الا باذن من المحكمة ، دون أن ينتقص ذلك من كمال أهليته ، اذ مناط الاهلية كمال التمييز والارادة وهما لا يزالان سليمين لم يؤثر فيهما صدور حكم بالعقوبة عليه .

وهذا المانع يفرضه المشرع كعقوبة تبعية على المحكوم عليه بعقوبة الجناية وحدها دون عقوبة الجنحة أو المخالفة ، نظرا لخطورة جريمته وعقوبتها ، بحيث يسلبه القيام بنفسه بالتصرفات القانونية دون رقابة ، ليحرمه بذلك من القدرة على الاستعانة بماله للتمكن من الهرب والنجاة من العقوبة أو التخفف من قيود تنفيذها . وواضح أمام هذه الحكمة أن قيام هذا المانع

واستمراره يكون رهنا بتنفيذ العقوبة واستمرار هذا التنفيذ ، ولذلك يرتفع هـذا المانع بالافراج عن المحكوم عليه ولو افراجا شرطيا (١) ، فترد اليـه أمواله ويقدم له القيم حسابا عن ادارته .

٣٠٢ — المانع الطبيعى بالعاهتين أو العجز الجسمانى الشديد

وقد يكون الشخص مصابا بعاهتين اثنتين من عاهات ثلاث هى الصمم والبكم والعمى ، بحيث تتعذر عليه الاحاطة الكاملة بكل ظروف التعامل الواقعية أو التعبير عن ارادته على الوجه الذى يفهم به عنه فهما صحيحا مما قد تتأثر به أمواله ومصالحه . أو قد يكون مصابا — رغم خلوه من هذه العاهات — بعجز جسمانى شديد ، كشلل فى لسـانه يعجزه عن النطق الواضح أو يجعل كلامه غير مفهوم بحيث لا يؤمن انفراده — على هذه الحال — بالتصرف فى ماله . فمثل هذا الشخص أو ذاك ، رغم كمال أهليته الذى لا تنتقص منه العاهة المزدوجة أو العجز الشديد لان تمييزه وارادته يظلان سليمين لا تشوبهما بسبب ذلك شائبة ، يكون فى وضع يستعصى عليه فيه الانفراد بمباشرة هذه الاهلية فى شأن ما يلزمه اجراؤه من تصرفات قانونية . من أجل ذلك ، يقرر القانون جواز اقامة مساعد قضائى يكون بمثابة عون له فى اجراء هذه التصرفات ، بما يضمن احاطته بعناصر الواقع احاطة تامة والتعبير عن ارادته تعبيرا حقيقيا صحيحا . اذ تنص المـادة ١/١١٧ من التقنين المدنى على أنه « اذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن ارادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه فى التصرفات التى تقتضى مصلحته فيها ذلك » . وكذلك تقضى المادة ٢/٧٠ من قانون الولاية على المال بأنه يجوز للمحكمة تعيين مساعد قضائى « اذا كان يخشى من انفراد الشخص بمباشرة التصرف فى ماله بسبب عجز جسمانى شديد » .

---

(١) أنظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٨٢٤ .

وعلى هذا النحو ، لا يكفى توافر عاهتين فى الشخص من العاهات الثلاث المذكورة ولا توافر العجز الجسمانى الشديد عنده لتعيين مساعد قضائى يعاونه فى مباشرة التصرفات القانونية ، بل يجب فضلا عن ذلك أن يكون من شأن اجتماع العاهتين أو قيام العجز الشديد أن يتعذر على الشخص التعبير عن ارادته أو يخشى من انفراده بهذا التعبير ، فالامر هنا يتعلق بمانع من الأهلية لا بعارض ينتقص من كمالها . ولذلك ليس ثم ما يدعو الى تعيين مساعد قضائى لشخص ذى عاهة مزدوجة أو عجز جسمانى شديد ، اذا كان يظل — رغم العاهة أو العجز — مستطيعا فى يسر الاحاطة بظروف الواقع والتعامل والتعبير عن ارادته تعبيرا حقيقيا صحيحا ، اذ لا يقوم حينئذ خطر على أمواله ومصالحه من انفراده بمباشرة التصرفات القانونية.

فاذا قدرت المحكمة تعذر تعبير ذى العاهة المزدوجة أو العجز الجسمانى الشديد عن ارادته بحيث يخشى من انفراده بمباشرة التصرفات القانونية ، تعين له مساعدا قضائيا يعينه على هذه المباشرة . غير أن المحكمة لا تقرر المساعدة القضائية فى كل التصرفات ، وانما فحسب فى تلك التصرفات التى تقتضى مصلحة ذى العاهتين أو العجز تقرير المساعدة فيها (م ١١٧ / ١ مدنى) (١) .

والمساعد القضائى — على خلاف الولى أو الوصى على القاصر أو القيم على المحجور — لا يباشر منفردا تصرفات ذى العاهة المزدوجة أو العجز الجسمانى الشديد نيابة عنه وانما يباشرها بالتعاون والاشتراك معه ، فهو ليس بنائب وانما هو معاون ، ولذلك لا تصدر التصرفات التى تتقرر

---

(١) اذا كان قانون الولاية على المال يحدد التصرفات التى تتقرر فيها المساعدة القضائية بالتصرفات المنصوص عليها فى المادة ٣٩ منه وهى التصرفات التى لا يجوز للوصى مباشرتها الا باذن من المحكمة (م ١/٧٠) ، فليس المقصود بذلك الا اقامة قرينة قانونية على أن هذه التصرفات المحددة تقتضى مصلحة ذى العاهتين أو العجز تقرير المساعدة فيها بحيث يعفى بذلك من اقامة الدليل فى شأنها على توافر هذه المصلحة . ولذلك ليس ثم ما يمنع فى غيرها من التصرفات وحيث تتخلف هذه القرينة ، من تحمل عبء اقامة الدليل على توافر مثل هذه المصلحة لتقرير المساعدة فى مباشرتها كذلك (أنظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٨٢٥ و ٨٢٦ . — ولكن أنظر عكس ذلك : اسماعيل غانم ، ١٩٥٨ ، ص ٢١٥) .

بشأنها المساعدة القضائية من أحدهما بانفراده ، ولكن تصدر منهما معا . ومن هنا ، فانفراد المساعد القضائى بمباشرة تصرف من التصرفات القانونية محل المساعدة ، لا يجعله نافذا فى حـق ذى العاهة المزدوجة أو العجز الشديد . وكذلك فانفراد ذى العاهتين أوالعجز بمباشرة تصرف منهذه التصرفات ، يجعله قابلا للابطال لمصلحته اذا وقع التصرفبعد تسجيل طلب أو قرار المساعدة ، أما اذا وقع التصرف قبل هذا التسجيل ، فلا يكون قابلا للابطال الا اذا كان المتعاقد مع ذى العاهتين أو العجز سىء النية (م ٢/١١٧ مدنى و م ١٠٢٨ مرافعات) .

واذا كان الاصل وجوب اشتراك المساعد القضائى مع ذى العاهتين أو العجز الشديد فى اجراء التصرفات التى تتقرر المساعدة بشأنها ، الا أن للمحكمة أن تأذن بانفراد احدهما بالتصرف فى حالة امتناع الاخر : فلها أن تأذن المحكوم بمساعدته بالانفراد بالتصرف (١) اذا كان امتناع المساعد فى غير محله ، ولها أن تأذن المساعد بالانفراد بالتصرف اذا كان امتناع المحكوم بمساعدته عن القيام بتصرف معين يعرض أمواله للخطر (م ٧١ من قانون الولاية على المال) .

واذا كان المانع من اهلية ذى العاهتين أو العاجز عجزا جسمانيا شديدا لا يتحقق الا بقرار من المحكمة بالمساعدة القضائية ، فهو كذلك لا يرتفع الا بقرار منها برفع المساعدة .

(١) اذا أذنت المحكمة المساعد القضائى بالانفراد باجراء تصرف من التصرفات المقررة فيها المساعدة أصلا ، فيعتبر المساعد حينئذ — بمقتضى هذا الاذن — نائبا عن ذى العاهتين أو العجز فى شأن هذا التصرف وحده ، وليس مجرد معاون له كما هو دوره الاصلى . فتكون له اذن — خلافا للاصل — ولاية بالمعنى الدقيق على مال ذى العاهتين او العجز الشديد (انظر كتابنا سالف الذكر ص ٨٢٩ و ٨٥٤) .

الفصل الثانى

الشخص المعنوى أو الاعتبارى(١)

La personne morale

٣٠٣ — أهمية الشخصية المعنوية ، ولزومها ، وتنظيمها

اذا كانت القيمة الاجتماعية للكائن هى — كما رأينا — مناط اعترف القانون له بالشخصية ، وكان من البادى ثبوت هذه القيمة للانسان باعتباره الغاية من وجود الجماعة والقانون والحقوق ، فليس معنى ذلك انحصار هذه القيمة فى الانسان وحده وتخلفها بالضرورة عند غيره . اذ ليس ثم ما يحول — ومدلول الشخصية ما قدمنا — دون الاعتراف بها لغير الانسان من الكائنات ، مادامت تتوافر له مثل هذه القيمة الاجتماعية بحيث يصلح مركزا للحقوق والالتزامات مما يحتم اسنادها ونسبتها اليه باعتباره صاحبها (٢) .

والواقع أن حقائق الحياة الاجتماعية نفسها تفرض الاعتراف بالشخصية لبعض الكائنات الجماعية التى تقوم بغرض تحقيق أهداف ومصالح انسانية . ذلك أن الانسان بمفرده أعجز — بالنظر الى جهده المحدود وعمره الموقوت

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Saleilles, De la personnalité juridique, 2e éd., 1922. — Michoud, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, 3e éd., par Trotabas, 2 vol., 1932. — Clements, Personnalité morale et personnalité juridique, 1935. — Coulombel, le particularisme de la condition juridique des personnes morales en droit privé, thèse, Nancy, 1949; Personne morale, Encyclopédie Dalloz, droit civil, t. III, pp. 759 - 764. — Durand, L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé, Etudes Ripert, t. I, pp. 138 - 159.

كتابنا سالف الذكر ، نبذات ٣٢٥ — ٣٧١ ، ص ٨٥٩ — ١٠٠٨ .

(٢) أنظر سابقا ، ص ٤٩٨ و ٤٩٩ .

ـــ عن القيام بأعمال ضخمة لها حظ من الدوام والاستمرار . فصالح البشرية واستمرار جهودها متواصلة دون توقف أو انقطاع ، يجعل من المحتوم قيام تجمعات فردية أو مالية قوية ودائمة ، تواصل رسالتها على مر أجيـــال متعاقبة ، فى انطلاق من قصور طاقة الفرد وتحرر مما يتهدد الانسان من موت . وهو ما يتطلب الاعتراف لهذه التجمعات بكيان مستقل عن كيـــان الافراد المكونين لها أو المنتفعين بها ، بحيث تدخل باسمها ميدان النشـــاط القانونى وتصبح صاحبة للحقوق والالتزامات ، مما لا يتأتى الا باعطائها شخصية مستقلة خاصة بها .

وضرورات الحياة الاجتماعية المحتومة التى تفرض الاعتراف بالشخصية لمثل هذه التجمعات قد فرضت نفسها دائما على القوانين الوضعية ، منذ ما عرفت الدولة فى القديم ووجب الاعتراف لها بداءة بشخصية خاصـــة مستقلة عن شخصيات الافراد المكونين لها ، لتمكينها من النهوض بتبعاتها من تمثيل نفس الامة على اختلاف حكامها وتعاقب اجيالها . ثم تطور الامر الى الاعتراف بالشخصية كذلك لبعض جماعات الافراد المستهدفة أو غير المستهدفة تحقيق الربح ولبعض مجموعات الاموال المرصـــودة على تحقيق البر أو النفع العام ، على اختلاف بين الشرائع فى مدى هذا الاعتراف ـــ ضيقا واتساعا ـــ تبعا لمدى تخوف الدولة من ظهور مثل هذه الاشخاص المعنوية القوية الى جانبها واستشعارها الخطر من منافستها لها وتوسطها بين الفرد وبينها ، فتاريخ الاشخاص المعنوية أو الاعتبارية (١) هو تاريخ كفاح الدولة ضدها (٢) .

ولم يعن المشرع المصرى اول الامر بوضـــع قواعد عامة تؤصـــل نظرية للشخصية المعنوية أو الاعتبارية . ولكن التشريع المصرى لم يكن يخلو على اى حال من نصوص تعتبر تطبيقات جزئية لفكرة الشخصية المعنـــوية ،

---

(١) راجع فى هذا التاريخ وفى تطور فكرة الشخصية أو الاعتبارية : كتابنا سالف الذكر ، ص ٨٦٢ — ٨٦٩ .

(٢) Mazeaud, t. I, No. 602.

كبعض نصوص التقنين التجارى ، ونصوص بعض القوانين الخاصة المتعلقة بأنواع معينة من الجمعيات . غير ان القضاء المصرى لم يحصر حينئذ فكرة الشخصية المعنوية فى نطاق هذه النصوص وحدها ، بل توسع فيها وبسطها على كثير من جماعات الاشخاص وبعض مجموعات الاموال . فاستقر على الاعتراف بالشخصية للجمعيات ما دامت تهدف الى أغراض مشروعة خاصة وان دستور سنة ١٩٢٣ كان يقرر أن للمصريين حق تكوين الجمعيات (١) ، وعلى الاعتراف بالشخصية كذلك للشركات ماعدا شركات المحاصة (٢) ، وللاوقاف (٣) . ولكنه لم يصل الى حد اسباغ الشخصية المعنوية على المؤسسات الخاصة اكتفاء بما كان يغنى عنها من الاوقاف .

وقد حرص المشرع المصرى أخيرا على تقنين هذا القضاء واكماله خاصة فيما يتعلق بمنح المؤسسات الخاصة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية ، فجاء التقنين المدنى الحالى متضمنا تنظيما عاما يحكم الاشخاص المعنوية أو الاعتبارية ويبين أنواعها المختلفة ، وتنظيما خاصا لاهم الاشخاص المعنوية الخاصة وهى الجمعيات والشركات والمؤسسات . ثم أعاد المشرع المصرى تنظيم أحكام الجمعيات والمؤسسات الخاصة مرتين : الاولى بالقانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ ، والثانية بالقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ وهو القانون المطبق حاليا فى هذا الشأن . وكل ذلك فضلا عن احكام التنظيمات الخاصة ببعض الاشخاص الاعتبارية الاخرى وفى طليعتها النصوص الخاصة بالشركات التجارية .

٣٠٤ — منهج البحث

لدراسة الشخص المعنوى أو الاعتبارى ، نقف أولا على الاصول

---

(١) أنظر : الاسكندرية المختلطة ١٩ مارس ١٩٢٣ ، المحاماة ٥ ، رقم ١٤٩ ، ص ١٦٣ . مصر الاهلية (استئناف) ٢٥ مايو ١٩٢٥ ، المحاماة ٧٥٠/٦١٨/٥ . مصر الكلية (مستعجل) ٢٠ مارس ٤٠ ١٩، المحاماة ١٢٣٢/٥١٤/٢٠ .

(٢) أنظر بصفة خاصة : نقض ٣١ يناير ١٩٤٦ ، مجموعة عمر (مدنى) ج ٥ ، رقم ٣١ ، ص ٧٢ .

(٣) نقض ٢٦ أبريل ١٩٤٣ ، مجموعة عمر (مدنى) ، ج ١ ، رقم ١٧٥ ، ص ٣٧٠ .

العامة التى تحكم الشخصية المعنوية أو الاعتبارية ، ثم نبين أنواع الشخص المعنوى أو الاعتبارى المختلفة عاما كان هذا الشخص أو خاصا . ومن ثم نقسم هذا الفرع الى مبحثين .

المبحث الاول — فى النظرية العامة للشخصية الاعتبارية .

المبحث الثانى — فى أنواع الشخص الاعتبارى .

المبحث الاول

النظرية العامة للشخصية الاعتبارية

٣٠٥ — تمهيد وتقسيم

اذا كان الاعتراف بوجود الاشخاص المعنوية أو الاعتبارية قد أصبح امرا واقعا ومسلما فى القوانين الوضعية الحديثة ، الا أن الخلاف ما يزال قائما فى الفقه حول طبيعة هذه الاشخاص وتكييفها ، وان كان الراجح — كما سنرى — أن الشخصية الاعتبارية حقيقة واقعية وليست مجرد حيلة صناعية . ومع ذلك فانهـا فى طبيعتها هذه تختلف بعض الاختلاف المحنوم عن الشخصية الطبيعية نتيجة الاختلاف بينها فى التكوين ، مما يظهر أثره خاصة فى كيفية ابتدائها ، وتحديد مداها واهلية وجوبها ، وتعيين علاماتها وخصائصها المميزة ، ورسم كيفية سيرها ونشاطها ، وتحديد طـرق انقضائها وانحلالها .

ولذلك نقسم هذا المبحث على النحو التالى :

المطلب الاول — فى طبيعة الشخصية الاعتبارية .

المطلب الثانى — فى ابتداء الشخصية الاعتبارية .

المطلب الثالث — فى مدى الشخصية الاعتبارية .

المطلب الرابع — فى مميزات الشخصية الاعتبارية .

المطلب الخامس — فى نشاط الشخصية الاعتبارية .

المطلب السادس — فى انقضاء الشخصية الاعتبارية .

المطلب الاول

طبيعـــة الشخصية الاعتبـــارية

٣٠٦ ـ الخلاف حول طبيعة الشخصية الاعتبارية وأهميته

احتدم الجدل فى الفقه حول طبيعة الشخصية المعنوية او الاعتبارية ، بحيث تنازعته نظريتان متعارضتان : الاولى ترى فى هذه الشخصية مجرد افتراض وحيلة صناعية ، والثانية ترى فيها حقيقة من الحقائق الثابتـــة . وليس مثل هذا الخلاف ـ كما قد يبدو فى الظاهر ـ خلافا نظريا مجـــرد القيمة من الناحية العملية . ذلك أن تفاوت النظرة هذا التفاوت الى تكييف وتأصيل الشخصية الاعتبارية ، ينعكس أثره من الناحية العملية على مسائل كثيرة ، مثل تحديد مدى سلطان المشرع ازاء الاشخاص الاعتبارية ، وكيفية تعيين جنسيتها، وامكان تقريراوعدم تقديرمبدأ مسئولياتها الجنائية والمدنية، وتبرير الحد من مدى أهليتها ، وتحديد أسباب ونتائج انقضائها (١) .

فنعرض اولا لنظريةالشخصية الافتراضية (Théorie de la personnalité fictive)، ثملنظريةالشخصيةالحقيقية (Théorie de la personnalité réelle) لنرى من بعد ـ على ضوء تقدير النظريتين ـ جوهر حقيقة الشخصية المعنوية او الاعتبارية ومقوماتها .

٣٠٧ ـ نظرية الشخصية الافتراضية (٢)

(١) عرض النظرية : تقوم هذه النظرية على أن الانسان وحده هو الذى

---

(١) انظر فى ذلك :
Beudant et Voirin, t. IV, No. 242.

(٢) راجع ، بصفة خاصة ، فى عرض هذه النظرية ونقدها :
Saleilles, pp. 306 - 386. — Roguin, t. II, Nos. 711 - 714, pp. 376 - 379. — Bonnecase, t. IV, Nos, 61 bis et s. — Michoud, t. I, Nos. 6 - 15 bis, pp. 16 - 38. — Beudant et Voirin, t. IV, No. 243. — De la Gressaye et Laborde-Lacoste, No. 390. — Mazeaud, t. I, No. 593. — Marty et Raynaud, t. I, No. 1048.

=

تثبت له الشخصية فى نظر القانون . واذا كان القانون ، فضلا عن ذلك ، يعترف — فى أحوال معينة — لغير الانسان بالشخصية فيخلعها على جماعات من الاشخاص أو مجموعات من الاموال حتى يثبت لها صلاحية فى اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات ، فانما يتوصل الى ذلك — تحقيقا لهـذا الغرض — عن طريق حيلة صناعية بحت وافتراض قانونى محض ، بتشبيه هذه الجماعات من الاشخاص وتلك المجموعات من الاموال بالانسان ، رغم ما فى ذلك من مخالفة واضحة لحقائق الواقع . وبذلك لا يكون لمثـل هذه الاشخاص المعنوية وجود حقيقى كالانسان ، وانما يكون لها مجرد وجود صناعى من خلق القانون . فالحق عند هذه النظرية قدرة ارادية لدى صاحبه ، بحيث لا يتصور ثبوت الحق الا للانسان وحده باعتباره — بحسب طبيعته — الكائن الوحيد ذا الارادة ، مما يجعل اثبات الشخصية أو صلاحية اكتساب الحقوق لغير الانسان مجرد تحايل من قبـل القانون يسبغ على الشخص المعنوى أو الاعتبارى ارادة لا يثبتها له الواقع .

والنظر الى الشخصية المعنوية أو الاعتبارية على أساس أنها مجـرد خلق صناعى وافتراض بحت لا يستند الى حقيقة واقعة ، يولد عند انصار هذه النظرية نتائج عملية معينة ، منها اطلاق يد المشرع وسلطانه فى امر الشخصية الاعتبارية ، بحيث يكون هو المتحكم فى منحها او منعها ، وهو صاحب القول الفصل فى بقائها أن شاء مد فى حياتها وان شاء أنهاها . ومنها الحد من حقوق الشخص الاعتبارى وحصر أهليته فى نطاق لا تعدوه هو نطاق الغرض من وجوده ، وهو ما يعنى تخصصه بهذا الغرض وحده . ومنها كذلك امتناع تقرير مسؤلية الشخص الاعتبارى الجنائية والمدنيـة على السواء ، لان القصد الجنائى والخطأ الشخصى — وهما يتطلبان الوعى

= محمد عبد الله العربى ، الفقه الادارى الحديث وتصويره للدولة ونشاطها القانونى، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الاولى ، ص ٩٤ — ١١٨ ، أنظر : ص ١٠٠ — ١١٠ .

والارادة والادراك — لا يتصور نسبتهما الى شخص وهمى افتراضى لا وجود حقيقى له (١) .

(٢) تقدير النظرية : واضح أن هـذه النظرية تقوم على مقدمات غير مسلمة . فالقول بأن الانسان وحده هو الـذى تثبت له الشـخصية فى القانون ، باعتبار ذلك من قبيل المسلمات البديهية المحتومة ، قول يعوزه الدليل ويصح لذلك نعته بما ينعت به الشخصية المعنوية من افتـراض ، وهو انما يقوم على خلط ظاهر ينبغى توقيه ، كما سبق البيان ، بين مدلول الشخصية فى القانون وبين مدلولها فى الفلسفة والاخلاق وعلم النفس . بينما الثابت أن مـدلول الشخصية فى القانون أوسع نطاقا وأرحب مـدى من مدلولها الفلسفى أو النفسى ، اذ يتسع للانسان ولغير الانسان . وكذلك تستند هذه النظرية الى تعريف خاص للحق بأنه قدرة ارادية ، ليس هو التعريف السائد ولا المقبول .

وكذلك يؤخذ على هذه النظرية خطورة النتائج التي يختمها منطقها . فهى حين تنظر الي الشخص الاعتبارى بوصفه شخصا وهميا افتراضيا ، لا تحل المشكلة الضخمة التى تختفى وراء فكرة الشخصية الاعتبارية وهي مشكلة تحديد من يعتبر مالكا لاشياء غير مملوكة لانسان بعينه ، كمـا هى الحال فى صورة جماعات الافراد أو مجموعات الاموال ، أو هى تحلهـا على نحو غير معقول أو مقبول باعتبار أن المالك هو ذلك الشخص الاعتبارى الافتراضى الـذى لا وجود حقيقى له ، وهو ما يعنى فى الواقع أن هـذه الاشياء سائبة غير مملوكة لاحد (٢) .

ومن ناحية أخرى ، فان منطق هذه النظرية فى اطلاقه يحتم اعتبار الدولة نفسها شخصا افتراضيا وهميا ، وليس يخفى خطر مثل هذه النتيجة على

---

(١) راجع ، بصفة خاصة ، فى تفصيل النتائج المتفرعة على نظرية الافتراض :
Saleilles, pp 312 - 360.
عبد الله العربى ، المقالة السابقة ، ص ١٠١ — ١٠٥ .

(٢) فى هذا المعنى :
Michoud, t. I, No. 8, p. 19.

القانون وعلى الجماعة وفكرة السيادة فيها . واذا كان بعض أنصار هذه النظرية يتحايلون — لتفادى هذه النتيجة — بالقول ان الدولة شخص معنوى حقيقى لان وجودها ضرورى محتوم (١) ، ففى ذلك القضاء على النظرية (٢) واستقامة منطقها (٣) .

واذا كانت هـذه النظرية تفتقد ، على هـذا النحو ، الاسس المسلمة والمنطق السليم وتفضى الى نتائج غير مقبولة أو واقعية ، فهى حقيقة اذن بما يختطه الفقه الحديث تجاهها من رفض واعراض .

٣٠٨ — نظرية الشخصية الحقيقية

اذا كانت النظرة الى الشخصية المعنوية أو الاعتبارية بوصفها شـخصية وهمية افتراضية أمرا غير مقبول ، فان جمهور الفقه الحديث يستقر اليوم على النظر الى الشخصية المعنوية بوصفها حقيقة واقعية . وليس معنى هـذا أن الاتفاق سائد حول مفهوم هـذه الحقيقة وجوهرها ، فأنصـار الشخصية الاعتبارية الحقيقية فى اتفاقهم على الصـفة الحقيقية لهـذه الشخصية ونفى الصفة الافتراضية عنها يختلفون بعد ذلك فى تصوير هذه الحقيقة أشد الاختلاف ، مما أدى الى ظهور نظريات مختلفة فى هذا الشأن.

(١) نظريات تماثل الشخصية الاعتبارية والشخصية الطبيعية : يوجد اتجاه كبير يحاول تصوير حقيقة الشخصية الاعتبارية على نسق وحـذاء حقيقـة الشخصية الطبيعية وتكوين الانسان ، اما بادعاء وجود تـكوين عضوى فى الشخص المعنوى مماثل للتكوين العضوى أو الحيوى للانسان، واما بادعاء وجود ارادة جمـاعية فى الشخص المعنوى مقابلة للارادة فى الشخص الطبيعى .

---

(١) أنظر فى الاشارة الى هذا القول والى اصحابه :
Bonnecase, t. IV, pp. 111, 120, 121, 138.

(٢) Michoud, t. I, No. 12, p. 28.

(٣) أنظر كتابنا سالف الذكر ، فقرة ٣٣٠ ، ص ٨٧٦ و ٨٧٧ .

١ — **النظرية العضوية او الحيوية** (Théorie organique ou biologique) (١) : لا ترى هذه النظرية فارقا فى التكوين بين الشخص الاعتبارى والشخص الطبيعى ، فكل منهما يتكون من تجمع خلايا متعـددة تكون كلا واحدا ، اذ الافراد المكونون للشخص الاعتبارى هم خلايا هـذا الجسم الواحد التى تؤلف وجوده وتخلق حياته .

ولكن من الواضح أن مثل هذا التصوير تصوير مجازى محض وليس بالتصوير الحقيقى . فضلا عن أن القول بكفاية وجود خلايا تكون بتجمعها كلا أو جسما واحدا لقيـام الشخصية قول غير صحيح على اطـلاقه ، فالحيوانات والنباتات تتكون كذلك من خلايا ومع ذلك لا تتمتع بالشخصية فى نظر القانون .

٢ — **نظرية الارادة** : ترى هـذه النظرية أن للشخص الاعتبارى ارادة جماعية واحدة مستقلة عن ارادات الاشخاص الطبيعيين المؤلفـين له ، وهو ما يكفى لاسباغ الشخصية عليه كما تكفى الارادة عند الانسان لذلك(٢) .

وتركيز هذه النظرية على عنصر الارادة وتعليقها الشخصية بالتالى على وجود الارادة أو امكان ظهورها ، ناشىء من أخذها الحق على التعـريف التقليدى من أنه قدرة أو سلطة ارادية ، وهو تعريف بين الفساد كمـا سـبق البيان . وكذلك يعيب هـذه النظرية انها تحاول أن تخلق تمـاثلا أو تطابقا بين الشخص المعنوى والشخص الطبيعى فى الشخصية الفلسفية أو الاخلاقية أو النفسية من حيث الارادة خاصة (٣) ، رغم أن هذا التماثل

---

(١) راجع فى عرض هذه النظرية وانتقادها .
Saleilles, pp. 527, 528. — Michoud, t. I, Nos. 33 - 35. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 72.

(٢) راجع خاصة فى عرض هذه النظرية وانتقادها :
Saleilles, pp. 554 - 526, 528 - 540. — Michoud, t. I, Nos. 36 - 44. — Clements, pp. 62 et s.
كتابنا سالف الذكر ، ص ٧٨٨ — ٨٩٠ .

(٣) فى هذا المعنى :
Michoud, No. 43. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 72.
اسماعيل غانم ، ص ٢٢٠ .

أو التطابق مستحيل بين الشخصين وأن الارادة ليست منـــاط الشخصية كما سبق البيان .

(٢) **نظرية المصلحة الجماعية** : تربط هذه النظرية — التى تروج عنـــد جمهور الفقه الفرنسى الحديث(١) — الشخصية المعنوية بتعريف الحق بأنه مصلحة يحميها القانون ، فتؤسس هـــذه الشخصية على وجود مصلحة جماعية (intérêt collectif) مستقلة عن المصالح الفردية . ومنطق هذه النظرية أنه اذا كانت الحقوق مصـــالح يحميها القانون ، فليس بحتم أن تكون هذه المصالح فردية وأن يوجد على رأسها أفراد أو أشخاص طبيعيون، بل قد توجد مصالح جماعية تتبلور فى تنظيم معين يوفر لها كيانا مســـتقلا عن المصالح الفردية للاعضاء الداخلين فى هذا التنظيم أو المنتفعين بـــه ، فحينئذ تكون جديرة بحماية القانون ، وتكون حقوقا جماعية مستقلة يمكن نسبتها الى شخص جماعى مستقل .

واذا كانت هذه النظرية تفضل النظرية العضوية أو الحيوية ونظـــرية الارادة بتجنبها محاولات هاتين النظريتين العقيمة الفاشلة لاثبات شخصية فلسفية أو نفسية للاشخاص الاعتبارية كالاشخاص الطبيعيـــة سواء من حيث التكوين العضوى أو الارادى ، الا أنها وقد ربطت نفسها بتعريف معين للحق كمصلحة يحميها القانون ، لابد وأن تتعرض لمـــا يتعرض له هـــذا التعريف من انتقادات كثيرة سبقت الاشارة اليها (٢) . وفضلا عن ذلك ، فان ربط الشخصية بهـــذا التعريف يقود منطقا الى حصر الشخصية فى صاحب المصلحة أو المتمتـــع بالفائدة والمنفعة ، وهو ما يـــكشف عن ان الشخصية يجب الا تثبت لجماعات الافراد أو مجموعات الاموال نفســـها ككل واحد مستقل ولكن للاشخاص الطبيعيين المكونين لهذه الجماعات أو

---

(١) Michoud, t. I, Nos. 52, 53. — Capitant, No. 160. — Beudant et Voirin, t. IV, No. 252. — Colin, Capitant et De La Morandière, t. I, No. 898. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 71.

(٢) راجع سابقا ، فقرة ٢٢٨ .

المنتفعين بهذه المجموعات ، لان المنفعة والتمتع انما يعود اليهم وحـــدهم في نهاية المطاف لا الي هذه الجماعات أو تلك المجموعات (١) . وكأن الاعتراف لهذه الجماعات أو المجموعات ككل بشخصية معنوية مستقلة ليس فى الواقع اذن لا افتراضا يستر حقيقة الواقع .

(٣) النظرية الاجتماعية أو نظرية النظم(٢) : تتصدى هـــذه النظرية(٣) لتفسير الشخصية الاعتبارية على أساس من البصر بالواقع الاجتمـــاعى وما تتضمنه ظواهره من نظم مختلفة . وهى تقصـــد بالنظم وجود فـــكرة موجهة تتحقق وتستمر فى الجماعة عن طريق سلطة منظمة تعمل بأدوات وأجهزة خاصة ، وتعطيها كيانا أو هيئـــة اجتماعية مستقلة لهـــا حياتها الداخلية ونشاطها الخارجى .

ومن ذلك يتضح أنه ليست كل فكرة يتاح لهـــا التحقيق والاستمرار فى المحيط الاجتماعى تكون شخصا معنويا وبالتالي شخصا قانونيا . فثم نظم يمـــكن تسميتها « النظم الاشياء » (institutions - choses) ليست بأشخاص،لانها ـــ رغم اعتبارها فكرة تعيش وتتحقق فى المحيط الاجتماعى ـــ لا تولد كيانا أو هيئة ذاتية تعمل بوسائل خاصة بها . فالقاعدة القانونية مثلا اذا كانت نظاما يعيش فى المجتمع حول فكرة أساسية موجهة ، الا أنها

---

(١) فى هذا المعنى :

Dabin, op. cit., pp. 142, 143.

(٢) راجع فى ذلك خاصة :

Hauriou, Au sources du Droit, 1933, La théorie de l'institution et de la fondation, pp. 89 - 128. — Renard, La théorie de l'institution 1930; La philosophie et l'institution, 1939. — Delos, La théorie de l'institution, La solution réaliste du problème de la personnalité morale et le droit à fondement objectif, Arch. de Phil. du droit et de soc. juridique, 1931, Nos. 1 - 2, pp. 97 - 153.

(٣) ترجع الجذور الاولىلهذه النظريةالى الفقهالالمانى، وأن كان بناؤها كنظرية متكاملة قد تم فى الثلث الاول من القرن الحالى على يد جانب من الفقه الفرنسى الحديث . وهى تنسب فيـــه خاصة الى « هوريو » ، الا أن فكرتها قد أثارها من قبل « سالى (Saleilles, pp. 608, 609) ثم فصلها وبسطها من بعد « رينار » و « ديلو » .

ويأخذ بهذه النظرية كذلك بعض الفقهاء المصريين ، انظر :

شفيق شحاته ، فقرة ١٢٣ — عبد الحي حجازى ، ص ١٦٨ و ١٦٩ .

لا تتخذ شكل هيئة ذات كيان مستقل تعمل بأدوات وأجهزة ذاتية لتحقيق هذه الفكرة وانما تتوصل الى هذا التحقيق باستعارة سلطة الدولة ، ولذلك تظل مجرد نظام من الانظمة الاشياء(١) .

وانمـــا يصير النظام شخصا أو يـــدخل مرحلة التشخيص المعنـــوى فالقانونى(٢)، اذا ولدت الفكرة هيئة لها وجود ذاتى فى المجتمع وتنظيم معين يعمل لتحقيقها بوسائل وأجهزة خاصة ، وباندماج واتحاد جماعة من الافراد — الاعضاء أو المنتفعين — مع هذه الاجهزة فى هذه الفكرة . فالدولة مثـــلا تعتبر من «النظم الاشخاص» (institutions - personnes) (٣) ، لان الفكرة الموجهة — وهى حماية مجتمع وطنى — لا تلبث أن تخلق هيئة اجتماعية لها كيان ذاتى مستقل هى الدولة ، تقوم على تنظيم معين وأجهزة خاصة — كأجهزة التنفيذ والتشريع — لتحقيق هذه الفكرة فى اتحاد وتعـــاون مع المواطنين أعضاء هذا المجتمع المندمجين فى هذه الفكرة .

فاجتماع هذه العناصر الاساسية اللازمة للشخصية من شأنه أن يصير الفكرة كائنا اجتماعيا متميزا ، له وعى بذاته وبصر بمصيره وأهـــدافه ، وقدرة على النشاط لتأكيد استمرار بقائه محققا غاياته بوسائله وأجهزتـــه الخاصة ومتحملا مسئولية أفعاله وتصرفاته (٤) .

واذا كانت هذه النظرية تفضل نظرية المصلحة بما تقدم من تحليل مبتكر لحياة الكائنات الجماعية مستوحية كنه الروابط والظواهر الاجتماعية ، فيبقى أنها نظرية يحوطها الكثير من الغموض ، وأن معيار الشخصية المعنوية فيها ما يزال يفتقد دقة التحديد (٥) ، وأن الفصل بين « النظم الاشـــياء »

---

(١) Hauriou, op. cit., p. 97

(٢) ترى هذ ه النظرية أن الشخصية القانونية ليست الا تعبيرا عن الشخصية المعنوية فى المحيط القانونى ، أو هى أسلوبها القانونى (Hauriou, op. cit., p. 127).

(٣) Hauriou, op. cit., p. 96.

(٤) أنظر فى بيان ذلك : كتابنا سالف الذكر ، ص ٨٩٥ و ٨٩٦ .

(٥) فى هذا المعنى :
Marty et Raynaud, t. I, No. 1049, p. 1264.
ولذلك يعيب عليها بعض الفقهاء (Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 72) عجزها عن تفسير عدم تمتع الاسرة بالشخصية ، وهى نظام من أكثر النظم متانة واستقرارا .

و « النظم الاشخاص » فصل تحكمى يعوزه الوضوح والتبرير على السواء.

واذا كان ظاهر هذه النظرية قد يشعر بتجنبها محاولات بعض النظريات الاخرى بناء الشخصية المعنوية أو الاعتبارية على نسق وحذاء شخصية الانسان الى حد التطرف العكسى غير المقبول فى محاولة بناء شخصية الانسان نفسها على نسق وحذاء شخصية الجماعات واعتبارها كذلك نظاما من النظم التى تقوم على فكرة موجهة معينة يعمل فى خدمتها ولتحقيقها تنظيم معين بمعاونة واشتراك خلايا متعددة (١) ، الا أن هذه النظرية فى حقيقة الامر ما تزال تدور فى الحلقة المفرغة التقليدية من محاولة تصوير الشخص المعنوى على هيئة وتكوين شخص الانسان ، وآية ذلك أنها تستلزم فى الكائن الاجتماعى وعيا بذاته وبصرا بأهدافه وتحكما فى وسائله بمايحقق الغاية الموجهة .

٣٠٩ — جوهر حقيقة الشخصية الاعتبارية

هاتان هما النظريتان الاساسيتان فى تكييف طبيعة الشخصية الاعتبارية على اختلاف وتباين صور كل منهما . وواضح مما قدمنا أنه يجب استبعاد فكرة الافتراض فى هذا الشأن ، فلا يبقى الا التسليم بأن الشخصية الاعتبارية تمثل حقيقة واقعية ، ولذلك نفضل اصطلاح « الشخصية المعنوية » على اصطلاح « الشخصية الاعتبارية » الذى يستعمله المشرع المصرى منذ صدور التقنين المدنى الحالى بخاصة ، لما ينطوى عليه الاصطلاح الثانى من معنى الافتراض . غير أننا رأينا أن التصويرات المختلفة لهذه الحقيقة ليست بالتصويرات المقنعة . من أجل ذلك ، ينبغى محاولة التماس تصوير آخر لحقيقة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية يكون اكثر منطقا وقبولا ، باستهداء الحقائق التى استخلصناها من مناقشة التصويرات المختلفة لحقيقة هذه الشخصية والمدلول المحدد الذى أعطيناه للشخصية القانونية.

---

(١) أنظر فى ذلك خاصة :
Hauriou, op. cit., pp. 108, 109.

والشخصية فى نظر القانون — كما سبق البيان — انمـا تعنى فحسب مجرد صلاحية كائن من الكائنات لوجوب الحقوق له أو عليه . وقد حددنا هذا الكائن بأنه كائن متميز ذو قيمة اجتماعية معينة(١) . وواضح انه ليس المقصود بالكائن المتميز كائنا حيا حياة طبيعية حسية عضوية بالضرورة ، فالحيوان بل والنبات كائن بهذا المعنى ولكنه لا يتمتع بالشخصية فى نظر القانون ، وانما المقصود به كل موجود له وجود ذاتى مستقل وحقيقى . ويجب أن يؤخذ الوجود الحقيقى بالمعني الواسع الذي يصرفه الى كل وجود مادى أو معنوى ، لا بالمعنى الضيق الذى يقصره على الوجود المـادى الجسي ، اذ ينبغي الحذر من الخلط بين المادة (matière) وبين الحقيقة (réalité) (٢) ، فليست الماديات المحسوسة وحـدها هى التى تتمتع بوجـود حقيقى . ويستوى فى هذا الوجود الحقيقى أن يكون الكائن الموجـود من خلق الطبيعة كالانسان ، أو من خلق الانسان ولخدمتـه (٣) — كالشركات والجمعيات والمؤسسات — ما دام لهـا من الوجود والكيان المستقل ما يميزها عن كيان وذاتية الشركاء والاعضاء والمنشئين .

ولكن ليس معنى ذلك أن كل كائن له وجود ذاتى مستقل وحقيقى على هذا النحو يتمتع حتما بالشخصية ، بل يلزمه لهذا التمتع — فضـلا عن ذلك — أن يمثل قيمة اجتماعية معينة (٤) تجعله أهلا لان يدخل فى الوجـود القانونى كصاحب حياة قانونية مستقلة يصبح بمقتضاها مركزا للحقـوق والالتزامات . فالشخصية القانونية اذن انما تتحقق بتحويل الوجودالواقعى لمثل هذه الكائنات الى وجود قانونى توضع فيـه على رأس حياة قانونية مستقلة ، ما دام أن لها من القيمة الاجتماعية ما يقتضى ويبرر مثـل هذا التحويل . ولذلك فبعض الكائنات التى لها وجود ذاتى واقعى بل وحسى

---

(١) راجع سابقا ، ص ٤٩٨ و ٤٩٩ .

(٢) Dabin, p. 135

(٣) Dabin, p. 151

(٤) فى هذا المعنى :

Réglade, pp. 75, 76. — Dabin, pp. 148, 149.

وانظر كذلك سابقا ، ص ٤٩٨ و ٤٩٩ .

كالحيوانات ، اذا دخلت مرحلة الوجود القانونى فلا تدخل فيه باعتبارها صاحبة حياة قانونية مستقلة ، لانه ليس لها من القيمة الاجتماعية ما يبرر وضعها على رأس مثل هذه الحياة وجعلها مركزا وصاحبة للحقـــوق والالتزامات ، وانما تدخل فيه ـــ بحكم طبيعتها التى تجعلها مسخرة لخدمة الانسان ـــ بوصفها شيئا تابعا ومحـــلا وموضوعا لحقوق الاشخاص ذوى الحياة القانونية المستقلة (١) .

فالانسان اذا كانت له الشخصية القانونية اليوم ، فليس ذلك مؤسسا اذن على شخصـــيته الفلسفية أو النفسية ولا على تـــكوينه العضوى أو الحيوى الخاص ولا على ارادته المستكنة أو الناشطة ، وانما تثبت لـــه الشخصية باعتباره كائنا له كيان ذاتى مستقل ويمثل من القيمة الاجتماعية ما يحتم وضعه على رأس حياة قانونية مستقلة واعتباره مركزا صالحـــا لان تسند اليه مظاهر هذه الحياة من حقوق والتزامات .

وكذلك الشأن فى الدولة والجمعيات والشركات والمؤسسات والاوقاف وغيرها من صـــــور الكائنات الجماعية أو الاجتماعيـــة ، فهى كائنات لهـــا وجودها الذاتى والحقيقى فى الحياة الاجتماعية،وتمثل من القيمة الاجتماعية ما يدخلها فى نطاق القانون صاحبة لحياة قانونية مستقلة ومركزا للحقوق والالتزامات أى شخصا من أشخاص القانون . ومثل هذه القيمة الاجتماعية تتوافر لهذه الكائنات حينما يصبح وجود هذه الكائنات مفروضا بالضرورة . وهو ما يتحقق أمام ضخامة بعض الاهداف الانسانية المشروعة ذات القيمة الاجتماعية أو الرغبة فى استدامتها على مر أجيال طويلة متعاقبة ، اذ يكون من الخطر اسناد هـــذه الاهداف الى كائن فردى بعينه وربط مصـــيرها بمصيره ، مع ما هو معلوم من طاقته المحدودة وظروفه غير المضمونـــة وحياته الموقوته . بل ينبغى الاعتراف لهذه الاهداف بحياة مستقلة عن

---

(١) فى هذا المعنى :
Dabin, op. cit., p. 147.

حياته ، وقدرة قوية تطاول قوته ، وهو ما لا يتأتى الا باسنادها الى هذه الكائنات الجماعية أو الاجتماعية ، التى توجد كما راينا وجودا حقيقيا وان لم يكن ماديا فى الحياة الاجتماعية ، والتى تتمتع — رغم خروجهــا من تجمع وتكتل عدد من الافراد او رصد فرد أو أفراد مجموعة من الاموال على تحقيق هذه الاهداف — بــكيان ذاتى مستقل لا يختلط بكيان وذاتيــة مكونيها او منشئيها من الافراد .

ومن ذلك تتضح حقيقة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية وقيامها على عنصرين اساسيين :

١ — كائن جماعى أو اجتماعى يخرج من تجمعات فردية أو ماليــة ويتمتع بكيان ذاتى مستقل عن كيان وذاتية مكونيه أو منشئيه من الافراد . ووجود مثل هــذا الكائن وجود حقيقى لا افتراض فيه ، ما دمنا نفصــل الشخصية القانونية عن الشخصية الفلسفية أو النفسية ولا نقصر الحقيقة على الحقيقة المادية وحدها ، ودون حاجة الى اصطناع وعى أو تــكوين عضوى أو ارادى له مماثل للانسان .

٢ — توافر قيمة اجتماعية لهذا الكائن ، متأتية من قيمة الهدف الذى يسعى الى تحقيقه ، ومن قدرته وأفضليته على الكائن الفردى فى هــذا التحقيــق .

فاذا توافر هذان العنصران ، استوى الكائن الجماعى او الاجتماعى على رأس حياة قانونية مستقلة متعلقة بهذا الهدف وصار مركزا تسند اليــه مظاهر هذه الحيــاة من حقوق والتزامات ، اذ يكون حينئذ اهــــلا لان يستأثر بما يتعلق بهــذا الهدف من قيم وسلطات ويتحمل بما يفرضه من واجبات وتبعـــات .

ويراعى أننانستبعد من مقومات وعناصر الشخصية المعنوية أوالاعتبارية ما تتفق عليه كثير من النظريات والآراء(١) من استلزام وجود تنظيم معين

---

(١) أنظر فى ذلك بصفة خاصة : =

للشخص المعنوى يعمل فى خدمة غرضه أو فكرته بأجهزة وأدوات خاصة به . وليس معنى ذلك أننا ننكر الحاجة الى وجود مثل هذا التنظيم ، فهو ضرورى ولكن لنشاط الشخصية المعنوية لا لوجودها . وليس فى ذلــك غرابة ، فالصغير غير المميز يتوافر على الشخصية لمجرد كونه كائنا ذاتيا ذا قيمة اجتماعية ، دون استلزام قيامه بنفسه بما تستلزمه شخصيته من نشاط اذ ينوب عنه فى ذلك شخص آخر هو الولى أو الوصى . وكذلك الحال فى الاشخاص المعنوية أو الاعتبارية التى تتوافر لها مقومات وجود الشخصية بكيانها الذاتى المستقل ذى القيمة الاجتماعية ، ثم تحتاج من بعد الى جهاز وتنظيم معين يباشر عنها نشاطها .

المطلب الثــانى

ابتـــــداء الشخصية الاعتبارية

٣١٠ — اكتساب الشخصية الاعتبارية منوط باعتراف القانون

اذا كانت شقة الخـــلاف النظرى واسعة على ما رأينا بـــين نظريات الافتراض ونظريات الحقيقة حول طبيعة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية ، فلم تلبث أن انعكست على تحديد مدى سلطـــان المشرع ازاء الاشخاص المعنوية من حيث اكتساب شخصيتهـــا . اذ رتب أنصـــار نظرية الافتراض عليها ان الشخصية المعنوية أو الاعتبارية تكون منحة من المشرع ، بحيث تترك لمحض حريته وتقديره دون قيد أو الزام عليه فى ذلك . بينما رتب أنصار نظريات الحقيقة نتيجة عكسية ، مقتضاها أن الاشخاص المعنوية

Michoud, t. I, Nos. 54, 55. — Hauriou, pp. 98, 102 et s. — Bonnecase, = t. IV, No. 155. — De La Gressaye et Laborde-Lacoste, Nos. 393 - 395. — Dabin, pp. 148, 149, 163.

شفيق شحاته ، فقرة ١١٩ و ١٢٠ . — عبد المنعم فرج الصدة ، فقرة ١١٧ . — سليمان مرقس ، فقرة ٢٣٧ . — اسماعيل غانم ، ص ٢٢١ .

أو الاعتبارية ما دامت تعبر عن حقائق واقعية ، فشخصيتها القانونية لازمة وقائمة تفــرض نفسها على المشرع بحيث لا يمــكن انكارها اذا توافرت مقوماتهــا .

ويبدو أن من المغالاة رد أمر التقييد أو الاطلاق فى حرية نشوء مثــل هذه الكائنات الجماعية واكتسابها الشخصية الاعتبارية الى الخلاف حول طبيعة هــذه الشخصية وهل هى افتراضية أو حقيقية(١) ، اذ ليس من المقبول فى ظل القوانين الوضعية — وأيا كانت طبيعة هذه الشخصية — انكار الحاجة الى تدخل المشرع لاكتساب هذه الشخصية وابتدائها كمــا ذهب الى ذلك بعض غلاة أنصار نظرية الحقيقة . وليس فى ذلك ما يناقض ما انتهينا اليه من حقيقة هذه الشخصية ، أو ما يحمل معنى التسليم بأن المشرع انما يخلق بذلك الشخصية لهذه الكائنات خلقا صناعيا من العــدم فى شكل منحة يتفضل بها عليها . فليس تدخل المشرع مرادفا دائما للتحكم أو للافتراض ومخالفة الحقيقة ، وانما يكون تدخله بمثابة الاعتراف بماتوافر لهذه الكائنات فى الحياة الاجتماعية من وجود حقيقى يستند الى مقومات معينة تجعلها أهلا لان توضع على رأس حياة قانونية مستقلة بما تستتبعه من حقوق والتزامات ، فهو فى تدخله فى اكتساب وابتداء الشخصيةالاعتبارية انما يلتزم حكم الواقع والحقيقة لا يعدوه الى الاصطناع والافتراض،فلايقوم اذن بالخلق بقدر ما يقوم بالاعتراف (٢) .

واذا كان تدخل المشرع لازما لاكتساب وابتداء الشخصية الاعتبارية على هذا النحو من الاعتراف والتعبير عن حقائق الواقع ، فليس معنى ذلك ان المشرع يلتزم بهــذا الاعــتراف التزاما مفروضا ، اذ يبقى الاســاس فى الشخصية الاعتبارية — وهو القيمة الاجتماعية التى تعطى الكائنالجماعى

---

(١) فى هذا المعنى :
اسماعيل غانم ، ص ٢١٩ .
(٢) فى هذا المعنى :
Michoud, t. I, No. 58, p. 130.

صلاحية تصدر حياة قانونية مستقلة — أمرا نسبيا يخضع لاعتبارات كثيرة أهمها اعتبارات العدل واختلاف صوره ومدلوله والترجح بالتالى بين النزعة الفردية والنزعة الاجتماعية ، وهو ما يفسح للمشرع — باستيحاء هـذه الاعتبارات — حرية فى الاعتراف غير قليلة .

وعلى اى حال ، فتدخل المشرع للاعتراف بالشخصية الاعتبارية وتوقف اكتسابها على هذا الاعتراف ليس بالتدخل الغريب ولا القاصر على الاشخاص الاعتبارية وحدها ، حتى يحتاج الامر الى انكاره أو التجـاوز عنه احتفاظا للشخصية الاعتبارية بصفتها الحقيقية . فالشخصية الطبيعية كذلك تستلزم مثل هذا الاعتراف وتتوقف عليه (١) ، دون أن يمارى أحد فى صفتها الحقيقية . كل ما فى الامر ان الاعتراف بها لم يعد يثير النظر امام شمولها اليوم الناس كافة نتيجة ما انتهى اليه التطور من التسليم بما لكل فرد من قيمةاجتماعية تؤهله لحياة قانونية مستقلة يكون صاحبها وعلى راسها ، خلافا لمـا كان عليه الحـال فى الشرائع القديمة حين كانت القيمـة الاجتماعية قاصرة على الاحرار وحدهم دون الارقاء . أما الشخصية الاعتبارية ، فاذا كان يلزمها اعتراف المشرع كالشخصية الطبيعية ، الا أن هذا الاعتراف يمثل اهميـة خاصة وظاهرة بالنظر الى عدم تساوى الكائنات الجماعية من جمـاعات الافراد ومجموعات الاموال الموجودة فى المجتمع فى التوافر على القيمـة الاجتماعية اللازمة لتشخيصها ، وهى نفس الاهمية التى كانت ثابتـة للاعتراف بالشخصية الطبيعية فى الشرائع القديمة كما اشرنا .

فتـدخل المشرع للاعتراف بالشخصية الاعتبارية هو نفس تدخله اذن للاعتراف بالشخصية الطبيعية ، وان كانت سلطته فى الاعتراف بالشخصية الاولى أوسع مدى ، نتيجة ما يقع عليه من واجب التيقن من توافر القيمة الاجتماعية للـكائن الجمـاعى بالتحقق من هدفه وقـدره فى ميزان القيم

(١) فى هذا المعنى :
Michoud, t. I, No. 56.

الاجتماعية ومدى حاجته الى حياة قانونية مستقلة تكفل تحقيقه ، ونتيجة تكوين هذا الكائن وصدوره عن تصرفات الافراد واراداتهم التى تخضع لحكم المشروع ورقابته للتأكد من سلامتها ومشروعيتها (١) .

٣١١ — الاعتراف العام والاعتراف الخاص

اذا كان تدخل القانون أو المشرع لازما على هذا النحو للاعتراف بالشخصية الاعتبارية وابتدائها ، فهو يتخذ احدى صورتين : صورة الاعتراف العام ، أو صورة الاعتراف الخاص .

أما صورة **الاعتراف العام** ، فتتحقق بوضع المشرع ابتداء شروطا عامة ، اذا توافرت فى أى جماعة من الاشخاص أو مجموعة من الاموال ، اكتسبت هذه الجماعة او تلك المجموعة الشخصية المعنوية بقوة القانون، دون حاجة الى ترخيص أو اذن خاص من جانب المشرع بصدد تكوين كل جماعة او مجموعة منها على حدة . وهذا الاعتراف اعتراف غير مباشر ينشأ عن تنظيم تشريعى سابق لنماذج معينة من جماعات الاشخاص او مجموعات الاموال ، ولذلك تعرف صورته كذلك باسم « طريقة التنظيم القانونى » (Système de la réglementation légale) (٢) .

واما صورة **الاعتراف الخاص** ، فتستلزم صدور ترخيص أو اذن خاص من المشرع بقيام الشخصية المعنوية لكل جماعة من الاشخاص أو مجموعة من الاموال عند تكوين كل منها على حدة . وهذا الاعتراف — على خلاف الاعتراف العام — اعتراف مباشر وفردى ، ولذلك تعرف صورته كذلك باسم « نظام الاذن أو الترخيص » (Système de l'autorisation) (٣) .

---

(١) فى هذا المعنى :
Michoud, t. I, No. 57.

(٢) Michoud, t. I, No. 58, p. 131. — Coulombel, Encyclopédie, t. III, No 7, p. 760.

(٣) Coulombel, ibid.

وظاهر ان طريق التنظيم القانونى أو الاعتراف العام أكثر سعة وسماحة من طريق الترخيص أو الاعتراف الخاص تجاه قيام الاشخاص المعنوية . ولئن كان الطريق الاخير فى أصله مناسبا للنزعة الفردية بالنظر الى تركيز اهتمامها فى الفرد وعدائها للجماعات التى تتوسط بين الفرد والدولة ، ومستجيبا لنوازع الحذر التقليدى عند المشرع من قيام بعض أشخاص معنوية قوية قد تشكل خطرا على الدولة ، الا أن الحاجة اليه لم تنقطع اليوم على الاقل بوصفه طريقا استثنائيا أو احتياطيا الى جانب الطريق الاول . اذ يمكن المشرع من مراعاة ما يلزم من بحث وتدقيق فى شأن بعض الاشخاص المعنوية أو الاعتبارية ذات الاهمية ، ومن مواجهة ما قد يجد فى المستقبل من جماعات أشخاص أو مجموعات أموال متشكلة فى غير الصور التى يعرفها التنظيم القانونى الحاضر وتقضى الضرورة والمصلحة بالاعتراف لها كذلك بالشخصية المعنوية أو الاعتبارية(١) .

وقد جعل القانون المصرى الاعتراف العام هو الاصل ، والاعتراف الخاص هو الاستثناء . فيكفى الاعتراف العام فى شأن شخصية الدولة والمحافظات والمدن ، والقرى ، والاوقاف ، والشركات ، والجمعيات ، والمؤسسات الخاصة (م ١/٥٢ و ٣ و ٤ و ٥ مدنى) . وفيما عدا ذلك ، لا تثبت الشخصية الاعتبارية الا بمقتضى اعتراف خاص (م ٥٢ / ٦ مدنى) .

٣١٢ — مركز الشخص الاعتبارى فى مرحلة تكوينه

اذا كان اكتساب الشخصية الاعتبارية منوطا باعتراف القانون على النحو السابق ، فيتحدد وقت ابتداء هذه الشخصية اذن بتمام تكوينها وفق التنظيم القانونى فى صورة الاعتراف العام ، أو بصدور الترخيص او الاذن الخاص فى صورة الاعتراف الخاص ، ومعنى هذا انه فى مرحلة تكوين

---

(١) فى هذا المعنى :
المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى الحالى ، مجموعة الاعمال التحضيرية ج ١ ، ص ٣٧٣ . — اسماعيل غانم ، ص ٢٢٨ .

الشخص الاعتبارى وقبل تمام هذا التكوين أو صدور هذا الاذن، لا تثبت له اية شخصية بعد فى نظر القانون .

ولكن مرحلة تكوين بعض الاشخاص الاعتبارية وتأسيسها ، وخاصة الشركات المساهمة ، قد يستغرق وقتا طويلا يقوم فيه المكونون أو المؤسسون بأعمال وتصرفات يقتضيها التكوين أو التأسيس وبقصد تحقيقه ، مما يرتب حقوقا والتزامات يجب تحديد من تسند اليه من الاشخاص . ويتجه الفقه الحديث(١) — أمام خطورة اسناد هذه الحقوق والالتزامات الى المؤسسين — الى استباق تمام تكوين الشخص الاعتبارى، والاعتراف له من قبل ذلك بنوع من الشخصية فى حدود غرض التكوين او التأسيس وحده ، بحيث تسند اليه أثناء مرحلة التكوين — لاالى اشخاص المؤسسين — الحقوق والالتزامات المتعلقة بالتأسيس .

وأيا كان الرأى فى تأصيل مثل هذا الفقه واسناده الى فكرة الاشتراط لصلحة الغير او الى فكرة الفضالة أو الى غيرها من الاسس ، فمن الثابت ان ثم تشابها بين مركز الشخص الاعتبارى فى مرحلة التكوين وبين مركز الشخص الطبيعى فى مرحلة الحمل ، مما يبرر الاعتراف للشخص الاعتبارى فى هذه المرحلة بالشخصية كما يعترف القانون للجنين قبل ولادته بالشخصية ، على أن يتوقف مصير اسناد الحقوق والالتزامات الى الشخص الاعتبارى فى هذه المرحلة على تمام تكوينه تكوينا صحيحا من بعد كما يتوقف مصير الحقوق المسندة الى الجنين على ولادته حيا (٢) . فاذا استحال من بعد تمام تكوين الشخص الاعتبارى ، اعتبرت شخصيته كأن لم تقم أبدا وكأن لم تثبت له بالتالى حقوق أو التزامات قط .

---

(١) Sébag, La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance, thèse Paris, 1938. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 92. — Mazeaud, t. I, No. 608. — Marty et Raynaud, No. 1053.

مصطفى كمال طه ، ج ١ ، فقرات ٢٦٥ ، و ٤٢٢ و ٤٢٣ .

(٢) أنظر سابقا ، ص ٥٠٧ و ٥٠٨ .

غير أن التشابه بين الشخص الاعتبارى فى مرحلة التكوين وبين الجنين فى مرحلة الحمل لا يعنى تطابقا تاما فى المركز (١) . فيبدو أن مدى الشخصية الاعتبارية هنا أو أهليه وجوب الشخص الاعتبارى فى دور التكوين أوسع من أهليـة وجوب الجنين ، فلا تقتصر فى الاصـل مثلهـا على ما يتمحض لصـالحه من حقوق ، بل تنصرف كذلك الى ما قد يضره من التزامات (٢) ما دامت فى حدود وبقصد التأسيس .

وعلى اى حال ، ففى نصوص القانون المصرى ما يسمح بالقول بامكان قيام شخصية للشخص الاعتبارى فى دور التكوين . اذ ينص قانون الشركات المساهمة على أن المبلغ المدفوع من المكتتبين يودع لحساب الشركة تحت التأسيس (م ٢/٦) ، وعلى وجوب تضمين عقـد انشاء شركة المساهمة ونظامها بيانا تقريبيا لمقدار المصروفات والنفقات والاجور والتكاليف التى تلتزم الشركة بأدائها بسبب تأسيسها (م ٧/١) (٣) . وينص قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام على أن « تنتقل الى شركة القطاع العـام بمجرد شهرها فى السجل التجارى آثار جميـع التصرفات التى أجـريت لحسابها قبل الشهر ، كما تتحمل الشركة جميع المصاريف التى انفقت فى تأسيسها » (م ٣/٣٦) .

المطلب الثـالث
مدى الشخصية الاعتبارية

٣١٣ — أهلية وجوب الشخص الاعتبارى المحدودة

اذا كان من الواجب التفـرقة — كما سبق البيان — بـين الشخصية

---

(١) فى هذا المعنى :
Marty et Raynaud, t. I, No. 1053, p. 1274

(٢) Marty et Raynaud, t I, p. 1274, note «1»

(٣) مصطفى كمال طه ، ج ١ فقرة ٤٢٣ ، ص ٤٤٨ و ٤٤٩ .

القانونية وبين أهلية الوجوب على أساس اعتبار الاولى صـــلاحية كائن لان ينسب اليه الحق والالتزام بصفة عامة أي الصلاحية المجردة واعتبار الثانية هي مدى هذه الصلاحية من حيث قصورها أو شمولها لكل الحقوق والالتزامات أى الصلاحية الواقعية(١)، فمن الواضح أن الشخص الاعتبارى له نفس ما للشخص الطبيعى من صلاحية مجردة لانه صالح من حيث المبدأ مثلة لان يكون صاحب حق أو التزام فيتوافران اذن على ذات الشخصية . ولكنهما يختلفان بعد ذلك فى مدى هذه الصلاحية أى فى الصلاحية الواقعيـــه من حيث نطاق وقدر ما يسند الى كل منهما من حقوق والتزامات بالنظـــر الى ما بينهما من اختلاف التكوين والغرض ، فيتفاوتان اذن فيما لكل منهما من أهلية وجوب . وعلي هـــذا النحو ، اذا كان الشخص الاعتبـــارى — كالشخص الطبيعى — صاحبا للحقوق والالتزامات ، فهو ليس حتما صاحبا لنفس أو كل حقوق الشخص الطبيعى والتزاماته(٢) ، بل تضيق أهليـــة وجـــوبه عن أهلية وجوب الشـــخص الطبيعى ، فتقصر لزاما عن الاحاطة ببعض ما تتسع له أهلية وجوب الشخص الطبيعى من حقوق والتزامات .

واذا كانت أهلية وجوب الشخص الاعتبارى أضيق نطاقا من أهليـــة وجوب الشخص الطبيعى بوجه عام ، فنراعى أنه اذا كان الاصل فى شأن الاشخاص الطبيعية هو التساوى فى أهلية الوجوب الا فى حالات استثنائية نادرة ، فعلى خلاف ذلك يكون الاصل فى شأن الاشخاص الاعتبارية هو الاختلاف والتفاوت فى أهلية الوجوب . اى انه لا توجد فى الاصل أهليـــة وجوب واحدة للاشخاص الاعتبارية — كما هو الوضع بالنسبة للاشخاص الطبيعية — بل مجموعة من أهليات الوجوب المختلفة (٣) ، ولذلك يقال أن

---

(١) راجع سابقا ، ص ٥٠٠ و ٥٠١ .

(٢) فى هذا المعنى :

Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 73.

(٣) قرب من ذلك :

Mazeaud, t. I, No. 595.

المساواة المدنية بين الاشخاص الطبيعية غير قائمة بين الاشخاص الاعتبارية (١) . ومرجع ذلك الى تفاوت أغراض الاشخاص الاعتبارية تفاوتا كبيرا وتنوعها فيما بينهما انماطا مختلفة ، مما يفاوت بالتالى بينها فيما يسند اليها من حقوق والتزامات .

٣١٤ — قيود أهلية وجوب الشخص الاعتبارى

قلنا ان اهلية وجوب الشخص الاعتبارى محدودة بالقياس الى اهلية وجوب الشخص الطبيعى بالنظر الى ما بين الشخصين من اختلاف فى التكوين والغرض . ومعنى ذلك أنه ترد على أهلية وجوب الشخص الاعتبارى قيود معينة لا ترد على اهلية وجوب الشخص الطبيعى . وهذه القيود يمكن ردها الى نوعين رئيسيين : نوع أول يرجع الى طبيعة تكوين الشخص الاعتبارى واختلافه فى ذلك عن الشخص الطبيعى ، اذ لا يتصور ان يسند الى الشخص الاعتبارى ما يسند الى الشخص الطبيعى منحقوق والتزامات ملازمة لطبيعة الانسان ، ونوع ثان يفرضه مبدأ تخصص الشخص الاعتبارى — على خلاف الشخص الطبيعى — بغرض معين يتحدد به وحده ما يسند اليه من حقوق والتزامات . فنعرض لكل من النوعين من القيود فيما يلى :

١ — الحقوق والالتزامات الملازمة لطبيعة الانسان : اذا كان الشخص الاعتبارى يتمتع بالشخصية كالشخص الطبيعى ، فواضح أن الاختلاف بينهما فى طبيعة التكوين يحتم تضييق أهلية وجوب الشخص الاعتبارى عن أهلية وجوب الشخص الطبيعى واستبعاد اسناد الحقوق والإلتزامات الملازمة لصفة الانسان الى الشخص الاعتبارى . وقد عبرت عن هذا القيد الطبيعى الذى يرد على أهلية وجوب الشخص الاعتبارى المادة ١/٥٣ من التقنين المدنى

---

(1) Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 73. pp. 88, 89.

بقولها « الشخص الاعتبارى يتمتع بجميع الحقوق الا ما كان منهـا ملازما لصفة الانسان الطبيعية » .

ولذلك فمن المستحيل عقلا تطبيق النظم المؤسسة على طبيعة الانسان، مثل تلك التى تفترض سنا أو جنسا أو قرابة (١) أو جسـدا على الشخص الاعتبارى . فيمتنع اذن أن يسند الى الشخص الاعتبارى التزامات وحقوق الاسرة الناشئة عن الزواج ، مثل حق المعاشرة الجنسية بين الازواج ، والسلطة الابوية (٢) ، وحق النسب ، والطلاق والالتزام بالنفقة للاولاد أو الزوجة أو المطلقة . أو أن تسند اليه الالتزامات والحقوق المتصلة بالكيان الجسدى للانسان ، مثل واجب الخدمة العسكرية أو حق السلامةالجسمية أو البدنية فى رأى من يعده حقا ويدرجه تحت حقوق الشـخصية . أو أن تسند اليه الحقوق المترتبة على الزوجية أو القرابة حتى ولو كانت حقوقا مالية ، كحق الارث (٣) .

ويذهب بعض الفقهاء الى انكار تمتع الشخص الاعتبارى بالحقـوق السياسية ، وخاصـة حق الانتخاب والترشيح ، على أساس أنهـا من الحقق الملازمة لصـفة الانسان (٤) . ولكن الواقـع أنه ليس فى طبيعـة الحقوق السياسية ما يفترض حتما نسبتها الى فرد انسانى أو يجعلهـا من الحقوق الملازمة له والمقصورة عليه ، اذ هى تعبير عن المشاركة فى

---

(١) Coulombel, Encyclopédie Dalloz, t. III, No. 43, p. 763

(٢) ومع ذلك ، فبعض الشرائع الحديثة — كالقانون الفرنسى — يتيح اثبات بعض حقوق السلطة الابوية لاشخاص معنوية ، كمؤسسات المساعدة الاجتماعية . ولكن ظاهر أن ذلك ليس الا استثناء محضا مؤسسا على الافتراض وتقليد الحقوق المتفرعة عن رابطة الدم والنسب أنظر :

Michoud, t. II, No. 214, p. 87.

(٣) ومن التجوز فى التعبير اعتبار الدولة صاحبة حق فى ارث من لا وارث له (أنظر مع ذلك : عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ١٧٤) . ذلك أن أسباب الارث أسباب تفترض وجود انسان ، فلا يتصور توافرها لشخص معنوى كالدولة . فاستحقاق الدولة لتركة من لا وارث له، كما هو مقرر فى القانون المصرى، لا يثبت لها اذن بمقتضى حق فى الارث ، وانما بمقتضى مالها من حق الولاية العامة على الاموال التى لا مالك لها (فى هذا المعنى : محمد سامى مدكور ، هامش «١» ، ص ١٦١) .

(٤) جميل الشرقاوى ، ص ١٨٦ . — عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ١٣٠ ، ص ١٧٩ .

حكم الدولة ، وهذه المشاركة ـ كما تتصور من جانب الفرد ـ قد تتصور كذلك من جانب بعض الكائنات الجماعية المؤلفة خاصة من جماعات من الاشخاص ، والشرائع المختلفة تتضمن امثلة على ذلك (١) .

وقد اختلف فى شأن الحق المعنوى للمؤلف على مصنفه ، هل يعتبر من الحقوق الملازمة لطبيعة الانسان فيستحيل بالتالى اسناده الى الشخص الاعتبارى (٢) أم لا يعتبر من هذه الحقوق فيتصور ثبوته للشخص الطبيعى وللشخص الاعتبارى على السواء . ونحن نرى أن الابتكار أو الخلق الذهنى ـ وهو معيار المؤلف وحقوقه المعنوية ـ ليس الا نتيجة وعى وتفكير عقلى ، وصدى انفعال وانطباع نفسى ، وهو ما لا يتصور صادراً الا عن الانسان وحده باعتباره الكائن المتوافر على عقل ونفس وقدرة على الاستخراج منهما والتعبير . فيكون من الافتراض وقسر الطبيعة اذن تصوير الشخص الاعتبارى بوصفه مؤلفا يتمتع بحقوق المؤلف المعنوية كالشخص الطبيعى (٣) ، وهو على نقيضه يفتقد ـ بحسب تكوينه ـ أداة ومناط الابتكار والخلق الذهنى . ومع ذلك ، فقد اعترف المشرع المصرى صراحة للشخص الاعتبارى بوصف المؤلف وحقوقه على المصنفات الجماعية التى يوجهوينظم ابتكارها ويتكفل بنشرها تحت ادارته (م ٢٧ من القانون رقم ٥٤ ٣لسنة ١٩٥٤) (٤) .

---

(١) فمن ذلك ان الولايات هى التى تمثل فى مجلس الشيوخ الاميركى ، وأن الجامعات تمثل فى مجلس العموم البريطانى Michoud, t. II, Nos. 223, 224 ، وأن بعض الدساتير تأخذ بتمثيل المهن والحرف فى المجالس التشريعية (انظر : عبد الحميد متولى ، الوسيط فى القانون الدستورى ، ١٩٥٦ ، ص ٢١٢ وما بعدها) . وأن الدستور المصرى لسنة ١٩٥٦ كان يجعل للاتحاد القومى حق الترشيح لعضوية مجلس الامة (م ١٩٢ / ٢) .

(٢) أنظر خاصة فى انكار وصف المؤلف على الشخص المعنوى :
Marty et Raynaud, t. I, No. 1058, p. 1280
شمس الدين الوكيل ، ص ١١١ و ١١٢ .

(٣) Desbois, No. 163
وأنظر كذلك : كتابنا سالف الذكر ، ص ٦٤٤ و٩١٥ ـ ٩١٧ .

(٤) أنظر فى ذلك : سابقا ، ص ٤٦٨ و ٤٦٩ ، وكتابنا سالف الذكر ص ٦٤٤ .

٢ — مبـدأ التخصص : اذا كان الاصل أن الشخص الطبيعى صالح ليكون صاحبا للحقوق والالتزامات عامة دون تحديد ، فالشخص الاعتبارى — على خلاف ذلك — تتخصص صلاحيته لذلك دون تعميم ، فلا يصلح الا للحقوق والالتزامات المتعلقة بغرضه دون غيرها مما يجاوز هذا الغرض . ويرجع هذا الاختلاف الجوهرى ، الذى تضيق نتيجة له أهلية وجوب الشخص الاعتبارى عن أهلية وجوب الشخص الطبيعى ضيقا كبيرا ، الى الاختلاف المحتوم فى الغرض بين الشخصين .

فالشخص الطبيعى لا ينحصر فى غرض بعينه ، لان قيمته الاجتماعية تأتيه من ذاته بصرف النظر عما يسلك من سبل نشاط أو يستهدف من أغراض مختلفة . ولذلك فالاصل أن كل الاغراض مباحة ومطروقة له دون حصر أو تحديد ما دامت لا تنافى حكم القانون (١) . فلا تتخصص صلاحيته لوجوب الحقوق له أو عليه اذن بغرض معين أو جملة معينة من الاغراض ، بل تتسع لتستوعب كل غرض مشروع أيا كان هو وما يتعلق به من حقوق والتزامات .

أما الشخص الاعتبارى ، فالاصل ارتهان وجوده وقيام شخصيته بهدف معين ، مما يحدد بالتالى اطار حياته القانونية المستقلة بحدود هذا الغرض ، فيحتم تخصصه به وانحصاره فيه بحيث لا يصلح مركزا الا لما يتعلق به وحده دون غيره من حقوق والتزامات (٢) . ولذلك يخضع الشخص الاعتبارى — دون الشخص الطبيعى — لمبدأ التخصص بغرض معين (Le principe de la spécialité) ، مما ينكمش بأهلية وجوبه عن أهلية وجوب الشخص الطبيعى الطليقة المتسعة لمختلف ومتعدد الاغراض .

---

(١) فى هذا المعنى :
Michoud, t. II, No. 243. — Capitant, No. 193, p. 245. — Coulombel, Encyclopédie Dalloz, t. III, No. 36, p. 762.

(٢) قارن : Michoud, t. II, No. 243, pp. 153-155

ومبدأ التخصص الذى يقيد ويحد من أهلية وجوب الشخص الاعتبارى على هذا النحو مبدأ مسلم ، أيا كان وجه النظر فى طبيعة الشخص الاعتبارية فأساس هذا المبدأ عند نظرية الافتراض ، أن الشخصية الاعتبارية مادامت منحة من خلق المشرع وصنعه ، فيملك المشرع كذلك الحد من مداها وقصر ما يتفرع عنها من أهلية وجوب على القدر الضرورى من منحها وخلقها . ولكن هذا الاساس يتغير بطبيعة الحال فى منطق النظر الى الشخصية الاعتبارية بوصفها حقيقة واقعية ، اذ ما دامت هذه الحقيقة مرتبطة بالغرض الذى يستهدف الشخص الاعتبارى تحقيقه وبما يمثل هذا الغرض من قيمة اجتماعية ، فمقتضى ذلك وجوب انحصار حياته القانونية فى نطاق هذا الغرض وحده (١) ، وتركز صلاحيته فيما يندرج تحت هذا الغرض من حقوق والتزامات وتلاشيها فيما يجاوزه منها (٢) . فمبدأ التخصص لا يناقض اذن ما للشخصية الاعتبارية من صفة حقيقية ، بل هو أسد منطقا وأفضل تأصيلا باستقراره على هذه الحقيقة من اقامته على الصفة الافتراضية المزعومة للشخصية الاعتبارية .

وقد أعلن المشرع المصرى مبدأ التخصص كمبدأ عام (٣) ، وطبقه تطبيقات خاصة فى صدد بعض الاشخاص الاعتبارية (٤) .

واذا كانت الاشخاص الاعتبارية تخضع لمبدأ التخصص ، فيراعى أن تخصصها بغرض معين قد يكون تخصصا قانونيا (spécialité légale) ،

---

(١) قرب من ذلك :
Michoud, t. II, No. 244. — Saleilles, pp. 641-642.

(٢) ويفرع بعض الفقهاء على اختلاف أساس مبدأ التخصص تبعا للاخذ بنظرية الافتراض أو بنظرية الحقيقة ، أن هذا المبدأ فى ظل الافتراض لا يقبل التوسع فى تفسيره مثلما يقبله فى ظل نظرية الحقيقة .
انظر فى ذلك : Saleilles, pp. 643, 644

(٣) اذ ينص على أن « للشخص الاعتبارى أهلية فى الحدود التى يعينها سند انشائه او التى يقررها القانون » (م ٥٣ / ٢ ب مدنى) .

(٤) تنص المادة ٥٧ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ على أنه يجوز حل الجمعية بقرار مسبب من وزير الشئون الاجتماعية « اذا تصرفت فى أموالها فى غير الاوجه المحددة لها طبقا لاغراضها » .

وقد يكون تخصصا نظاميا (spécialité statutaire) . ويتحقق التخصص القانونى نتيجة انتماء الشخص الاعتبارى الى نموذج معين دون غيره من نماذج الاشخاص الاعتبارية التى يحددها القانون (١) ، كالشركة تتخصص باقتسام الربح ، والجمعية تتخصص بغرض غير الحصول على ربح مادى، والمؤسسة الخاصة تتخصص بعمل من أعمال البر أو الرعاية الاجتماعية او النفع العام . ويتحقق التخصص النظامى عن طريق النص فى نظام الشخص الاعتبارى على موضوع أكثر تحديدا داخل نطاق الغرض الاصلى والتخصص القانونى (٢) ، كتخصيص شركة بصناعة المنسوجات القطنية ، أو جمعية بأحياء التراث الادبى القديم ، أو مؤسسة برعاية اليتامى من الاطفال أو تشجيع الطلبة المتفوقين فى فرع من فروع العلم والمعرفة ، أو عن طريق التصريح فى نظام الشخص الاعتبارى باستبعاد بعض الموضوعات الداخلة فى نطاق الغرض الاصلى والتخصص القانونى (٣) .

واذا كان مبدأ التخصص يقيد ويحد من اهلية وجوب الشخص الاعتبارى على هذا النحو ، فسنرى من بعد أثره كذلك فى الحد من نطاق نشاطه .

المطلب الرابع
مميزات الشخصية

٣١٥ — تمهيد

اذا كان للشخص الاعتبارى من الشخصية ما للشخص الطبيعى رغم تفاوتهما فى مدى أهلية الوجوب على ما بينا ، فثم مميزات للشخص الاعتبارى مقابلة لميزات الشخص الطبيعى ، ولكن دون أن يعنى ذلك قيام تماثل وتطابق كامل بينهما فى مدلول هذه الميزات أو فى الضوابط والعناصر التى

---

(١) Coulombel, Encyclopédie Dalloz, t. III. Nos. 37, 38, p. 762. — Marty et Raynaud, t. I, No. 1059 p. 1281.

(٢) Coulombel, Encyclopédie Dalloz, t. III, No. 41, p. 763

(٣) Marty et Raynaud, t. I, No. 1059, pp. 1282.

نتحدد بها ، اذ يبقى بينهما من الفروق فى طبيعة التكوين والغرض ما يفرق بينهما فى عناصر أو مدلول ما يتوافران عليه من نفس الميزات .

فنعرض فيما يلى لميزات الشخصية الاعتبارية المقابلة لميزاتالشخصية الطبيعية من حالة واسم وموطن . ونعرض كذلك لما يميز الشخصية الاعتبارية من توافرها على ذمة مالية خاصة بها مستقلة عن ذمم أعضائها أو منشئيها من الاشخاص الطبيعيين .

٣١٦ — حالة الشخص الاعتبارى

اذا كان الشخص الطبيعى — كما رأينا — يتميز بحالة معينة تحددأساسا مركزه من الدولة ومن الاسرة وأحيانا من الدين ، فواضح أن من أنواع هذه الحالة ما لا يتأتى نسبته الى الشخص الاعتبارى نظرا لاختلاف طبيعته وتكوينه عن طبيعة وتكوين الشخص الطبيعى . اذ من البديهى أنه لا يتصور وجود حالة عائلية للشخص الاعتبارى ، فهى قاصرة بالطبيعة على الفرد الانسانى ، ولذلك أشرنا من قبل الى عدم تمتع الشخص الاعتبارى بما يتمتع به الشخص الطبيعى من حقوق الاسرة . وأما الحالة الدينية ، وهى تقوم على فكرة الانتماء الى دين أو عقيدة دينية معينة ، فواضح أنها كذلك من خصائص الانسان وحده الذى تتوجه اليه الاديان فيرتبط بأحدها ارتباط ايمان(١) . فتبقى بعد ذلك الحالة السياسية أو الجنسية ، وهذه يتصور توافرها للشخص المعنوى كالشخص الطبيعى ، ولكن مع اخلاف بينهما فى مدلولها وعناصرها .

---

(١) واذا كانت بعض الدساتير تنص على دين معين للدولة ، فليس معنى ذلك أن للدولة عقيدة دينية وحالة دينية كالافراد تؤثر فى مدى ما تتمتع به من حقوق ، وانما القصد من ذلك مجرد اعلان بالاعتزاز بالدين الذى ينتمى اليه غالبية رعايا الدولة ، ولكن دون فرضه على من لا يدينون به من الرعايا والقاطنين ، فقد صارت حرية العقيدة الدينية اليوم فى طليعة الحريات الاساسية للفرد التى تلتزم كل دولة باحترامها وتوفيرها للافراد جميعا دون تفرقة .

جنسية الشخص الاعتبارى (١) : يذهب كثير من الفقهاء الى انكار تميز الشخص الاعتبارى بجنسية على غرار الشخص الطبيعى ، ولا يرون فى الجنسية المزعومة للشخص الاعتبـارى الا صدى للمحاولات الفقهية غير الموفقة لاصطناع تشابه وتماثل تام بـين الشخص الاعتبارى والشخص الطبيعى . ذلك ان الجنسية هى رابطة قانونية وسياسية بـين الدولة والافراد المكونين لها ، بحيث يتحدد بهـا عنصر الشعب فى الدولة ، وهو ما يجعلها عقلا قاصرة على افراد الناس وحدهم اذ من غير المتصور النظر الى الاشخاص الاعتبارية بوصفها أعضاء فى دولة أو جزءا من شعب (٢) . وكذلك فان الجنسية انما تبنى على ما يقوم بين الافراد ووطنهم من روابط عاطفية ونفسية مختلفة ، وليس لمثل هذه الروابط بداهة معنى أو وجود بالنسبة الى الاشخاص الاعتبارية التى ليس لها جسم يتحمل بالآلام أو روح يتعلق بالمثل والامال (٣) .

ولكن انكار الجنسية على الشخص الاعتبارى على هذا النحو ، انمـا يقوم على افتراض أن مميزات الشخص الطبيعى لا يمكن ثبوتها للشخص الاعتبـارى الا على نفس العنـاصر وفى نفس الحـدود ، وهو تماثل غير

---

(١) راجع فى ذلك :

Michoud, op. cit, t. II, Nos. 315 - 332. — Niboyet, Cours de droit international privé français, 2e éd., 1949, Nos. 255-272, 348-361; Traité de droit international privé français, t. I, 2e éd., Nos. 77-97, t. II, 2e éd., Nos 750 et s. — Batiffol, Traité élémentaire de droit international privé, 1949, Nos. 192 et s. — Lerebours — Pigeonnière, Précis de droit international privé, 6e éd. 1954, Nos. 172 et s.

عز الدين عبد الله ، القانون الدولى الخاص المصرى ، ج ١ ، الجنسية والموطن وتمتع الاجانب بالحقوق (مركز الاجانب) الطبعة الثالثة ، ١٩٥٤ ، فقرات ٢١٢ — ٢٢٥ . — احمد مسلم ، القانون الدولى الخاص ، ج ١ ، الجنسية ومركز الاجانب ، ١٩٥٦ ، فقرات ٣٧٨ — ٣٩٨ و ٤١٢ — ٤١٦ . — محمد كمال فهمى ، أصول القانون الدولى الخاص ، ١٩٥٥ ، فقرات ١١٧ — ٢٢٣ . — شمس الدين الوكيل ، الجنسية ومركز الاجانب فى مصر ، ١٩٥٨ ، فقرات ١٩٨ — ٢٠٣ .

(٢) فى هذا المعنى :

Niboyet, Cours, No. 257, p. 233.

(٣) Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 83

متصور التحقيق فى العمـــل . لان الشخص الاعتبـــارى اذا كان يتوافر — كالشخص الطبيعى — على ذات الشخصية ، فلا يعنى ذلك انه نسخة ثانية منه . بل ان بينهما من الاختلاف فى الطبيعة والتكوين ما يحتم الاختلاف بينهما فى مدلول وعناصر مميزاتهما المتقابلة ، دون أن يؤدى ذلك الى انكار هذه الميمزات على أحد الشخصين دون الآخر . فليس معنى أن الجنسية تحدد عنصر الشعب فى الدولة وتثبت للشخص الطبيعى وصف العضوية فيها ، أنها تنتج حتما نفس الاثر وتقوم على نفس العنـــاصر بالنسبة الى الشخص الاعتبارى والا امتنع ثبوتها له ، فالاختلاف محتوم بين الجنسيتين مثل ما هو محتوم بين الشخصين .

والواقع انه رغم الاختـــلاف القائم بين جنسية الشخص الاعتبـــارى وجنسية الشخص الطبيعى نتيجة ما بينهما من اختلاف فى الطبيعةوالتكوين، فالفكرة واحدة فى الجنسيتين وهى وجود رابطة من التبعية بـــين الشخص وبين دولة معينة . ومثل هذه الرابطة قائمة فى شأن الشخص الاعتبارى ، ويسلم بقيامها وضرورتها منكرو « جنسية » الشخص الاعتبارى أنفسهم (١) ، ممـــا يجعل انكارهم مجـــرد انكار للتسمية لا للمضمون . اذ الشخص الاعتبارى بوصفه شخصا تتوافر له صلاحية وجوب الحقوق والالتزامات كالشخص الطبيعى ، لا بد له مثله من الارتباط بدولة ما تحكم بقانونها نظامه وسيره وتحـــديد ما يتمتع به من حقوق داخلها (٢) ، وتبسط عليه حمايتهـــا خارج حدودها (٣) . وبذلك تكون للشخص الاعتبارى جنســـية تؤكد تبعيته لدولة معينة ، سـواء تبعيته القانونية فى شأن خضوع نظامه ونشـاطه لقانون

---

(١) Niboyet, ibid.

(٢) اذ الاصل أن الوطنيين المرتبطين بالدولة برابطة التبعية يتمتعون بحقوق أكبر مما يتمتع به الاجانب غير المرتبطين بهذه الرابطة ، فيكون من اللازم حينئذ التمييز بين الشخص الاعتبارى الوطنى والشخص الاعتبارى الاجنبى .

(٣) Lerebours - Pigeonnière, op. cit., No. 172.

هذه الدولة ، أو تبعيته السياسية فى شأن تمتعه بحقوق الوطنيين داخل الدولة وشموله بحماية الدولة للوطنيين خارجها .

ويذهب جانب من الفقه فى هذا الشأن الى الفصل بين التبعية القانونية والتبعية السياسية وتحديد معيار مستقل لكل منهما ، فيكون معيار الاولى هو مركز الادارة الرئيسى الفعلى للشخص الاعتبارى وهو المعيار السائد فى كثير من الشرائع ، ومعيار الثانية هو السيطرة أو الرقابة الفعلية على الشخص الاعتبارى (١) .

ولكن هذه التفرقة توجد ازدواجا غير مرغوب فيه فى شأن معيار جنسية الشخص الاعتبارى ، ومن الافضل الوقوف فى الاصل عند معيار واحد تتحدد به جنسية الشخص الاعتبارى الوطنية أو الاجنبية وتبعيته القانونية والسياسية على السواء ، بصرف النظر عن جنسية أعضائه أو المهيمنين عليه من الافراد أمام استقلال شخصيته عن شخصياتهم . وليس معنى ذلك رفض فكرة الرقابة وعدم اعمالها اطلاقا ، فقد كشفت ظروف الحروب الاخيرة عن فائدتها فى الكشف عن النشاط الاجنبى والمصالح الاجنبية المعادية المستترة وراء الطابع الوطنى لجنسية بعض الاشخاص الاعتبارية والشركات منها خاصة ، مما يوجب ويبرر حرمانها من التمتع بحقوق الوطنيين فى مثل هذه الظروف العصيبة . وانما يكون الالتجاء الى فكرة الرقابة على سبيل الاستثناء للحد مما تتمتع به الاشخاص الاعتبارية الوطنية فى الاصل من حقوق ، حيث تقتضى ذلك ظروف استثنائية خاصة كالحرب ، أو قوانين خاصة تتطلب تدخل المشرع بأعمال فكرة الرقابة وبيان حدودها (٢) .

---

(١) فى هذا المعنى :

Niboyet, Cours, Nos. 251 - 272; Traité, t, II Nos. 769 et s.

عز الدين عبد الله ، فقرات ٢١٥ و ٢١٧ . — محمد كمال فهمى ، فقرات ٢١٨ — ٢٢٢ .

(٢) انظر فى توحيد معيار جنسية الشخص الاعتبارى والاعتداد بعنصر الرقابة استثناء على هذا النحو :

Batiffol, op. cit., Nos. 197, 198. — Lerebours - Pigeonnière, op. cit., Nos. 174, 182, 184.

أحمد مسلم ، المرجع السابق ، فقرات ٤١٢ و ٤١٥ و ٤١٦ . — شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، فقرة ٢٠٢ ، ص ٦٥٢ و ٦٥٣ .

ولذلك اذا اعتبر المركز الرئيسى الفعلى هو المعيار الاصلى لجنسية الشخص الاعتبارى ، فمقتضى ذلك أن جنسية كل شخص اعتبارى تتحدد بالدولة التى يوجد فيها مركزه هذا ، فيخضع لقانونها نظامه ويتمتع فيها بما يتمتع به الوطنيون من حقوق . وليس للرقابة الاجنبية عليه بخضوعه للسيطرة الفعلية لرعايا من الاجانب أى تأثير فى الاصل على جنسيته الوطنية. ولكن اذا اقتضت ظروف استثنائية الاعتداد بمثل هذه الرقابة حماية للصالح الوطنى العام ، فليس من شأن ذلك اسقاط جنسيته الوطنية الاصلية وإنما مجرد الحد مما يتمتع به من حقوق .

ولا يوجد فى القانون المصرى نص عام يحكم جنسية الاشخاص الاعتبارية، ولكن يمكن القول بأن الاصل فيه هو الاخذ بمعيار المركز الرئيسى الفعلى معيارا أصليا لهذه الجنسية (١) . والمركز الرئيسى قد يكون فى الدولة التى أسس الشخص الاعتبارى فيها ، وقد يكون فى غيرها . ولكن المشرع المصرى يحتم فى شأن الشركات المساهمة التى تؤسس فى مصر أن يكون مركزها الرئيسى فى مصر كذلك (م ٤١ تجارى) .

غير أن المشرع المصرى يعتد بفكرة الرقابة الاجنبية الاعتداد الصحيح ، لا لتحديد جنسية الشخص الاعتبارى ، وانما لمجرد الحد من تمتعه ببعض حقوق الوطنيين رغم جنسيته المصرية الثابتة ، وذلك فى ظروف استثنائية خاصة . فمن ذلك فرضه الحراسة اثناء الحرب العالمية الثانية والعدوان الثلاثى على مصر سنة ١٩٥٦ على أموال الشركات والجمعيات والمؤسسات المصرية الخاضعة لاشراف رعايا الاعداء أو الداخلة لهم فيها مصالح هامة (٢) .

---

(١) أنظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٩٢٦ و ٩٢٧ .

وقد طبق المشرع المصرى هذا الاصل بتطلبه أن يكون مركز ادارة الجمعية والمؤسسة الخاصة فى الجمهورية العربية المتحدة (م ٣ و م ٧٠ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤) .

(٢) أنظر فى ذلك :

شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ، ص ٦٤٦ — ٦٤٨ . — كتابنا سالف الذكر ، ص ٩٢٧ و ٩٢٨ .

٣١٧ ــ اسم الشخص الاعتبارى

اذا كان للشخص الطبيعى ــ كما رأينا ــ اسم معين ، فكذلك للشخص الاعتبارى اسم أو عنوان يتميز به ويكون العلامة الخارجية لشخصيته بما يتيح تعيينه ويمنع اختلاطه بغيره من الاشخاص . ويشترط المشرع عادة ذكر الاسم أو العنوان عند انشاء الشخص الاعتبارى (١) .

والغالب ــ وبخاصة فى شأن أشخاص القانون الخاص الاعتبارية ــ تعبير الاسم عن الغرض الذى يستهدفه الشخص الاعتبارى كما فى الجمعيات والمؤسسات وشركات المساهمة . ولكنه أحيانا ــ كما فى شأن شركات الاشخاص ــ قد يكون أساسا اسم فرد أو أكثر من أعضاء الشخص الاعتبارى، ولكن مضافا اليه ما ينفى النشاط الفردى ويشعر بوجود الشخص الاعتبارى واستقلاله عن شخصية أعضائه .

واذا كان اسم الشخص الاعتبارى اسما يمارس التجارة تحته ، فيكتسب بذلك قيمة مالية تباعد فى الخصائص بينه وبين اسم الشخص الطبيعى اللصق بالشخصية ، ولذلك يصبح ــ على خلافه ــ داخلا فى دائرة التعامل مما يجعل الحق فيه محلا للتصرف والاكتساب أو السقوط بالتقادم . ولكن لا يجوز التصرف فيه تصرفا مستقلا عن التصرف فى المحل التجارى المخصص له ، حماية للجمهور من اللبس والتضليل ، كما سبق البيان (٢) .

وواضح أن القانون يحمى اسم الشخص الاعتبارى كما يحمى اسم الشخص الطبيعى من كل انتحال أو منازعة فيه من قبل الغير ، فيخول الشخص الاعتبارى حق طلب وقف أى اعتداء على اسمه(٣) مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر .

---

(١) أنظر بخاصة : م ٣ و ٧٠ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ .

(٢) أنظر سابقا ص ٥٣٢ ــ ٥٣٣ و ٥٣٦ ــ ٥٣٧ .

(٣) والمطالبة بوقف الاعتداء على اسم الشخص المعنوى ــ كما هى الحال فى شأن اسم الشخص الطبيعى ــ لا تعلق على اثبات ضرر معين (فى هذا المعنى : مصطفى كمال طه ، ج ١ ، فقرة ٦٩٤ . وقارن مع ذلك : شمس الدين الوكيل ، نظرية الحق ، ص ١١٦) . =

٣١٨ — موطن الشخص الاعتبارى

اذا كان الموطن يحدد للشخص مقرا قانونيا يعتد بكل ما يتم أو يوجه اليه فيه خاصا بعلاقاته ونشاطه القانونى ، فنراعى ان للشخص الاعتبارى موطنا خاصا به ومستقلا عن موطن منشئيه أو أعضائه . ويتحدد موطن الشخص الاعتبارى فى القانون المصرى بالمحل الذى يوجد فيه مركز ادارته الرئيسى (م ٢/٥٣ — د مدنى — وم ١/٥٢ مرافعات جديد) . والمقصود بمركز الادارة الرئيسى للشخص الاعتبارى المركز الرئيسى لنشاطه القانونى والمالى والادارى ، فهو ليس بالضرورة نفس مركز الاستغلال ، فكثيرا ما يوجد الاستغلال فى المكان المناسب له بعيدا عن مركز الادارة الرئيسى . ولكن يجب أن يكون هذا المركز مركزا حقيقيا لا وهميا للادارة (١) . واذا كان من المكن تغييره ، فلا يعتد بهذا التغيير الا اذا كان تغييرا حقيقيا (٢) .

واذا كان الشخص الاعتبارى لا يباشر نشاطه فى مكان واحد ، بأن كانت له فروع متعددة ومنتشرة فى أماكن متفرقة متباعدة ، فيعتبر المكان الذى يوجد به كل فرع من هذه الفروع موطنا خاصا بالاعمال المتعلقة به . وهذا هو المقرر فى القانون المصرى (٣) . وعلى ذلك ، يجوز رفع الدعاوى المتعلقة بأعمال كل فرع الى المحكمة التى يقع فى دائرتها هذا الفرع (م ٥٢ / ٢ مرافعات جديد) .

= اذ الاعتداء على الاسم يتضمن فى ذاته حتما معنى الضرر دون حاجة الى اثباته ، لان لصاحب الاسم — ككل صاحب حق — مصلحة ولو معنوية فى الاستئثار وحده بسمه وبسلطانه عليه (أنظر سابقا ، ص ٤٣٦ و٤٣٧ و٥٣٠) .

(١) Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 144, p. 184. — Mazeaud, t. I, No. 588.

(٢) مصطفى مكال طه ، ج ١ ، فقرة ٢٧٩ ، ص ٢٠١ .

(٣) ويأخذ القانون المصرى بالاعتداد بهذا الموطن ، بنظرية « المحطات الرئيسية او الفروع » التى ابتدعها القضاء الفرنسى (أنظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٩٣١) .
وقد طبق المشرع المصرى نفس الفكرة فى شأن الشركات التى يكون مركزها الرئيسى فى الخارج ولها نشاط فى مصر ، فقضى بانه بالنسبة الى القانون الداخلى يعتبر موطنها أو مركز ادارتها هو المكان الذى توجد فيه الادارة المحلية (م ٥٣ / ٢ — د مدنى) .

٣١٩ ــ ذمة الشخص الاعتبارى المستقلة

اذا كان للشخص الاعتبارى كيان مستقل عن كيان أعضائه أو منشئيه وشخصية مستقلة عن شخصياتهم ، فمقتضى ذلك أن له حقوقه والتزاماته الخاصة به التى لا تختلط بحقوقهم والتزاماتهم ، وأن له بالتالى ذمة مالية مستقلة عن ذمة كل منهم (م ٢/٥٣ ــ أ مدنى) . وينبنى على ذلك خاصة أن ديون الشخص الاعتبارى تكون مضمونة بحقوقه وحدها وان هذهالحقوق لا تضمن ديون أعضائه أو منشئيه . فلا يجوز اذن لدائنى الشخص الاعتبارى التنفيذ بديونهم على الاموال الخاصة لاعضائه أو منشئيه ، ولا لدائنىالاعضاء أو المنشئين التنفيذ بديونهم على أموال الشخص الاعتبارى .

ومع ذلك ، فثم أشخاص اعتبارية تكون ديونها مضمونة بأموالها وأموال أعضائها على السواء ، كالشركات المدنية ، وشركات التضامن والتوصيةمن الشركات التجارية ، التى يكون كل الشركاء فيها أو بعضهم مسئولين عن ديون الشركة فى أموالهم الخاصة . ولكن لا يعنى ذلك اختلاط ذممهم بذمتها أو احلال شخصياتهم محل شخصيتها ، كما يرى البعض (١) . وانما هــو يعنى ــ ولكل من الشركة والشركاء شخصيته المستقلة ــ أنالشركاء يعززون مركز الشركة المدين فيقدمون أموالهم الخاصة الى جوار أموال الشركة ضمانا اضافيا لدائنيها ، بحيث يقوى ضمان هؤلاء الدائنين بتعدد المسؤولين وتعدد الذمم الضامنة لحقوقهم (٢) . فالامر اذن لا يعدو اعتبار الشركاء ضامنين

---

(١) أنظر بخاصة :

Ripert, Traité élémentaire de droit commercial, 1948, Nos. 721, 727. — Escarra (J. et E.) et Rault, Traité théorique et pratique de droit commercial, Les sociétés commerciales, t. I, 1950, No. 210.

شفيق شحاته ، فقرة ١٣١ . ــ عبد المنعم فرج الصدة ، فقرة ١٢٠ . ــ عبد الحى حجازى ص ١٨٥ و ١٨٦ . ــ محمد سامى مدكور ، ص ١٤٦ . ــ مصطفى كمال طه ، ج ١ ، فقرة ٢٧١ .

وأنظر فى انتقاد ما يراه هؤلاء الفقهاء من اعتبار شخصية هذه اثلركات ناقصة : كتابنا سالف الذكر ، ص ٩٣٣ .

٢

(٢) فى هذا المعنى :

محسن شفيق ، الوسيط فى القانون التجارى المصرى ، ج ١ ، ط ٣ ، ١٩٥٧ ، فقرة ٢٨٠ سليمان مرقس ، هامش «٣» ص ٣٥٨ و ٣٥٩ . ــ كتابنا سالف الذكر ، ص ٩٣٣ و ٩٣٤ .

ديون الشركة ، وليس فى ضمان شخص ديون شخص آخر أو ضم مسؤوليته الى مسؤوليته عن وفائها ما ينتقص من شخصية المضمون وذمته المستقلة .

المطلب الخامس
نشاط الشخصية الاعتبارية

٣٢٠ — استحالة نشاط الشخص الاعتبارى بنفسه ، وضرورة نشاطه بواسطة أشخاص طبيعيين

اذا كان الشخص الاعتبارى يتوافر على الشخصية كالشخص الطبيعى بحيث تكون له مثله حقوق والتزامات ، فواضح بالنظر الى طبيعة تكوينه أنه — على خلافه — لا يقدر على النشاط بنفسه ، بل محتوم عليه أن يباشر عنه هذا النشاط غيره من الاشخاص الطبيعيين ، فيقومون بتمثيله والعمل باسمه ولحسابه فى الحياة القانونية .

ويتولى القانون أو نظام الشخص الاعتبارى تحديد ممثليه من الاشخاص الطبيعيين وبيان اختصاصاتهم وكيفية نشاطهم لحسابه . وقد يتولى النشاط عن الشخص الاعتبارى فرد منفرد ، كرئيس الدولة أو الوزير أو المحافظ أو المدير بالنسبة للاشخاص المعنوية العامة ، أو المدير بالنسبة للجمعيات أو الشركات أو المؤسسات الخاصة ، أو المتولى أو الناظر بالنسبة للوقف . وقد يتولى هذا النشاط هيئة أو هيئات معينة تتألف واقعيا من أفراد ، مثل المجالس التشريعية ومجالس المحافظات والمجالس البلدية والجمعيات العمومية ومجالس الادارة .

واذا كان للشخص الاعتبارى أشخاص طبيعيون ينشطون باسمه ولحسابه ، فيجب أن لا يستخلص من ذلك أنه شخص وهمى افتراضى . فهنالك فارق بين وجود الشخصية وبين نشاطها ، والشخصية قد توجد لشخص لا يستطيع أن يباشر النشاط بنفسه ، كما هو شأن بعض الاشخاص الطبيعيين

مثل الصــــغير او المجنون ، دون أن يطعن ذلك فى وجـــود شخصيته أو فى حقيقتها ، فكذلك الحال فى شأن الشخص الاعتبارى .

٣٢١ — مركز الاشخاص الطبيعيين من الشخص الاعتبارى الذى يباشرون عنه نشاطه (١)

اذا كان نشاط الشخص الاعتبـــارى لا يتأتى الا عن طـــريق أشخاص طبيعيين ، فينبغى تحديد مركز هؤلاء بالنسبة الى الشخص الاعتبارى وطبيعة العلاقة القائمة بينهما ، اذ على ضوء هذا التحـــديد يمكن تأصيل كثير من النتائج العملية المتعلقة بهذا النشاط أو المترتبة عليه .

ويصادفنا فى ذلك أولا التصوير التقليدى القـــائم على فـــكرة الوكالة (mandat) ، بحيث يكون الشخص الاعتبارى فى مقـــام الموكل وهؤلاء الاشخاص الطبيعيون فى مركز وكلائه . ولكن الوكالة تفترض وجود ارادتين : ارادة الموكل واردة الوكيل . واذا وجدت ارادة الوكيل هنا ، فارادة الموكل غير موجودة اذ ليست للشخص الاعتبارى نفسه ارادة (٢) .

ولذلك يتجه تصوير آخر الى فكرة النيابة القانونية (représentation légale) ، بحيث يوجد الاشخاص الطبيعيون الذين يتولون شؤون الشخص الاعتبارى فى مركز مماثل لمركز الاولياء او الاوصياء او القوام على عديمى الاهلية أو ناقصيها من الافراد . ولكن هذا التصوير بدوره غير مقبول (٣) . فاذا كان الشخص الاعتبارى فى نشاطه بواسطة غيره يشبه عديمى أهلية الأداء او ناقصيها من الاشخاص الطبيعيين ، فليس معنى ذلك أن مركزهما

---

(١) راجع فى ذلك خاصة :
Michoud, t. I, Nos. 59 et s. — Marty et Raynaud,, t. I, No. 1067.

(٢) Marty et Raynaud, ibid.
وقرب من ذلك :
Michoud, t. I, No. 59, p. 132.

(٣) أنظر كذلك فى انتقاد هذا التصوير :
Michoud, t. I, No. 59, p. 133. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, No. 93 bis.

واحد ومتماثل من كافة الوجوه . ذلك أن ما يفرض على الاشخاص الطبيعيين من تخلف أهلية الأداء أو نقصانها ومن تولية غيرهم شؤونهم والنشاط باسمهم انما تمليه فكرة حمايتهم ، بينما وجود أجهزة او هيئات من الافراد تعمل باسم الشخص الاعتبارى ولحسابه انما يفرض بقوة الاشياء نتيجة ما يلازم الشخص الاعتبارى من استحالة طبيعية لمباشرة النشاط بنفسه (١) . ويستتبع هذا الاختلاف الطبيعى أن يكون نشاط الشخص الاعتبارى بواسطة غيره هــو القاعدة الطبيعية الدائمة طوال حياته ، بينما لا يعتبر نشاط عديم الاهلية او ناقصها من الافراد بواسطة غيره الا مجرد استثناء بحت وموقوت .

واخيرا يتجه جمهور كبير من الفقه الحديث (٢) الى تأيد نظرية راجت فى الفقه الالمانى فى هذا الصدد هى نظرية الجهاز او الادا (théorie de l'organe) ومقتضاها أن الشخص الاعتبارى لا يتصور وجوده دون أجهزة معينة تحقق نشاطه فى الحياة القانونية ، بحيث تعتبر هذه الاجهزة جزءا لا يتجزأ منه فلا كيان لها بذاتها منفصلة عنه . فهى فى الواقع بمثابة جسمه القانونى يستخدمها لتحقيق نشاطه وأغراضه كما يستخدم الشخص الطبيعى عضوا من اعضاء جسمه كفمه أو يده (٣) . ولذلك يعتبر كل عمل أو نشاط تقوم به هو عمل او نشاط الشخص الاعتبارى نفسه ، بحيث ينتج أثره فى حقه مباشرة على هذا الاســاس اى بطريق الاصالة لا بطريق النيابة .

واذا كانت هذه النظرية تبدو افضل من نظرية الوكالة ونظرية النيابة

---

(١) فى هذا المعنى :
Capitant, No. 194. — Colin, Capitant et De La Morandière, t. I, No. 908, p. 726.

(٢) أنظر خاصة :
Michoud, t. I, Nos. 60 - 64. — Mazeaud, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, t. II, 4e, éd. Nos. 1985, 1986. — Coulombel, Encyclopédie Dalloz, t. III, No. 35, p. 762. — Marty et Raynaud, t. I, No. 1067, p. 1288.

مصطفى كمال طه ، ج ١ ، فقرة ٢٧٧ . — عبد المنعم البدراوى ، فقرة ٤٦٣ .

(٣) Michoud, t. I, No. 60, p. 134

القانونية من حيث اتساع نطاقها للاعمال المادية والتصرفات القانونية على السواء ، وأكثر توفيقا منهما فى تأصيل مسؤولية الشخص الاعتبارى نفسه مسؤولية شخصية ومباشرة، فيعيبها رغمذلك أنها ليست الا صدى للنظريات العضوية أو الحيوية (١) غير المقبولة التى تحاول التماس تطابق وتماثل تام فى التكوين بين الشخص الاعتبارى والشخص الطبيعى .

وعندنا أن عيب هذه النظريات جميعا ينحصر فى محاولات الاستناد الى نظريات متفقة مع طبيعة الفرد الانسانى لتفسير نشاط الشخص الاعتبارى ومركز القائمين به من الافراد ، رغم الاختلاف المحتوم بين طبيعة وتكوين الشخص الاعتبارى والشخص الطبيعى . ولذلك ينبغى النظر فى هذا الشأن الى الشخص الاعتبارى نظرة مستقلة متفقة مع طبيعة تكوينه ، ومجردة عن محاولة اصطناع تطابق كامل بينه وبين الشخص الطبيعى .

واذا كان الشخص الاعتبارى لا يتصور قيامه بنفسه بالنشاط الذى تتطلبه حياته القانونية على اختلاف صوره وأنواعه وكان ذلك منوطا بأشخاص طبيعيين يتولون عنه هذا النشاط ، فيجب الاعتراف بالحقيقة الواقعة من أن هؤلاء الاشخاص الطبيعيين — وليس الشخص الاعتبارى نفسه — هم الذين يقومون بكل نشاطه . وليس فى ذلك — كما سبق البيان — ما يطعن فى شخصية الشخص الاعتبارى ، لان ثبوت الشخصية لشخص معين لا يمنع من اسناد نشاطها الى شخص آخر . ولذلك ليس ما يدعو اذن الى ما تدعيه خاصة « نظرية الجهاز » من تلاشى هؤلاء الاشخاص الطبيعين فى الشخص الاعتبارى كأجزاء لا تتجزأ منه ولا كيان لها بذاتها منفصلة عنه مثل أعضاء الجسم بالنسبة الى الفرد الانسانى .

ولكن اذا كان هؤلاء الاشخاص الطبيعيون هم الذين يتولون النشاط

---

(١) فى هذا المعنى :

Starck, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, thèse Paris, 1947, p. 262.

لا الشخص الاعتبارى ، فلا يعنى ذلك أن آثار هذا النشاط تنصرف اليهم بل هى تنصرف اليه وحده . وواضح أن انصرافها اليه ليس نتيجة أن النشاط نشاطه لا نشاطهم كما تدعى « نظرية الجهاز » ، فقد سبق أن رفضنا منطقها فى هذا الصدد . وكذلك اذا كانت فكرة النيابة القانونية خاصة قد تبدو أقرب الافكار لتفسير آثار هذا النشاط اليه ، فهى قاصرة رغم ذلك عن هذا التفسير امام اختلاف وضع الشخص الاعتبارى عن وضع الافراد عديمى الاهلية او ناقصيها ، وعدم اتساع هذ هالفكرة بحسب الاصل الا للتصرفات القانونية دون الاعمال المادية . ولذلك ينبغى بناء نظرية خاصة مستقلة تقابل نظرية النيابة القانونية ، يعتد فيها بطبيعة الشخص الاعتبارى المختلفة عن طبيعة الفرد الانسانى وباتساع ميدان نشاطه عن نشاط الشخص الطبيعى. فطبيعة الشخص الاعتبارى تجعل مستحيلا نشاطه بنفسه سواء كان هذا النشاط فى صورة أعمال مادية أو فى صورة تصرفات قانونية . وبذلك يصبح محتوما وطبيعيا قيام أشخاص طبيعيين بتمثيل الشخص الاعتبارى وتولى نشاطه المادى والقانونى على السواء . وتوليهم هذا النشاط انما يكون لحساب الشخص الذى يمثلونه لا لحسابهم الخاص ، ولذلك يكون طبيعيا أن تنصرف كل آثار هذا النشاط وما يولده من حقوق والتزامات اليه لا اليهم .

ففكرة التمثيل اذن فى شأن الشخص الاعتبارى تقابل فكرة النيابة القانونية فى شأن الشخص الطبيعى ، وتفسر انصراف آثار نشاط الممثلين الىالشخص الاعتبارى،كما تفسر الاخرىانصراف آثار نشاط الاولياء أو الاوصياء أو القوام الى عديمى الاهلية أو ناقصيها من الافراد . ولكنها مع ذلك تبقى متميزة عنها تميزا ظاهرا . اذ هى مفروضة بقوة الاشياء وبحكم طبيعة الشخص الاعتبارى كأصل دائم تدوم ما دامت الشخصية الاعتبارية ، وليست كالنيابة القانونية علاجا لنقص موقوت أو عارض طارىء . وهى تستوعب بالتالى حتما كل ما يحتاجه الشخصالاعتبارى من نشاط أيا كانت صورته من الاعمال المادية أو التصرفات القانونية ، على خلاف النيابة القانونية التى تقتصر على بعض نواحى النشاط دون بعض وتتركز أصلا فى التصرفات القانونية وحدها .

وبذلك يتحدد مركزالاشخاص الطبيعيين الذين يتولون النشاط عنالشخص الاعتبارى بكونهم ممثليه الطبيعيين اللازمين له على الدوام فى كل ما يحتاجه من نشاط ، بحيث ينشطون هم دونه — لا بوصفهم أجزاء لا تتجزأ منه كما تدعى نظرية الجهاز — وانما بوصفهم اشخاصا ذوى شخصية وكيان ، وان كانوا لا يباشرون هذا النشاط باسمهم ولحسابهم الخاص ولـكن باسمه ولحسابه هو بما يستتبع انصراف آثار هذا النشاط اليه وحده .

٣٢٢ — أهلية الاداء والشخص الاعتبارى

ينبغى اخذ أهلية الاداء فى شأن الشخص الاعتبارى بمعنى يتفق مع طبيعته دون تقيد حرفى بمعناها فى شأن الشخص الطبيعى ، ما دام الاختلاف محتوما بين طبيعتيهما (١) . اذ أنه اذا كان مفهوما فى شأن الشخص الطبيعى اناطة أهلية الاداء بتوافر كمال التمييز والارادة عند من يباشر التصرف القانونى لحساب نفسه لتفاوت الاشخاص الطبيعيين فى انعدام او نقص أو اكتمال التمييز والارادة، فليس ذلك مفهوما فىشأن الشخص الاعتبارى الذى لايتوافر على ارادة بحكم طبيعته نفسه . ولذلك يجب أن تحمل أهلية الاداء فى شأن الشخص الاعتبارى على المعنى المتفق مع طبيعته هذه ، فيكون القصد منها هو تحديد مجال النشاط الارادى المعترف به للشخص الاعتبارى لتحقيق أغراضه ، دون تطلب الارادة عنده هو لانه بحكم طبيعته لا تتصور له ارادة، اكتفاء بوجود ارادة مسخرة لخدمته هى ارادة ممثليه . ولذلك اذا أمكن القول بثبوت أهلية أداء للشخص الاعتبارى فيجب حمل ذلك على هذا المعنى، لا على معنى توافر الشخص الاعتبارى نفسه على الارادة . ولذلك فنص المشرع المصرى على أن يكون للشخص الاعتبارى « نائب يعبر عن ارادته » (م ٥٣/٣ مدنى) ، نص منتقد (٢) .

---

(١) قرب من ذلك .
عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ١٣٠ ، ص ١٨٠ .
(٢) أنظر فى ذلك : =

٣٢٣ ـ مسئولية الشخص الاعتبارى

اذا كان ممثلو الشخص الاعتبارى من الاشخاص الطبيعيين يقومون بالنشاط لحسابه ، فيجب التساؤل عن مدى مسئوليته هو عن هذا النشاط ، سواء من الناحية المدنية أو من الناحية الجنائية .

١ — المسئولية المدنية (١) : رغم أن مبدأ مسئولية الشخص الاعتبارى مدنيا عن أفعال ممثليه أو أجهزته مبدأ مسلم مستقر ، بالنظر خاصة الى أن اثر هذه المسئولية مما يصلح انصرافه الى الشخص الاعتبـــارى لانه يقع أساسا فى ماله ، فان تأسيس هذا المبدأ وتأصيله محل خلاف فقهى كبير (٢) .

والواقع أن البصر بطبيعة الشخص الاعتبارى وكونه مستحيلا عليه مباشرة اى نشاط بنفسه بل بواسطة غيره من الاشخاص الطبيعيين ، وما يولده ذلك من الحاجة فى تحديد مركز هؤلاء الاشخاص قبله الى ما فضلناه من فكرة موافقة لهذه الطبيعة هى فـــكرة التمثيل ، التى تستوعب فى اتساعها كل ما يحتاجه الشخص الاعتبارى من نشاط سواء عن طريق الاعمال المادية أو التصرفات القانونية ، وتصرف اثر هذه الاعمال والتصرفات جميعا الى الشخص الاعتبارى رغم صدورها عن ممثليه ، يجعل فى الامكان الاستناد الى هذه الفكرة لتحميل الشخص الاعتبارى بالمسؤلية المدنية عن الاخطاء

= شمس الدين الوكيل ، ص ١١٤ — اسماعيل غانم ، ط ٢ ، ١٩٥٨ ، ص ٢٣٣ . ـ كتابنا سالف الذكر ، ص ٩٤٠ و ٩٤١ .

ولكن قارن : عبد الحى حجازى ، ص ١٧٥ .

(١) راجع فى ذلك خاصة :

Saleillés, pp. 232-339. — Michoud, t. II, Nos. 266-278. — Planiol Ripert et Esmein, t. VI, No. 501. — Mazeaud, Traité de la responsabilité, t. II, Nos. 1982-1988. — Starck, thèse précitée, pp. 250 et s. — Marty et Raynaud, t. I, No. 1067; pp. 1288, 1289.

(٢) راجع فى الاختلاف على هذا التأسيس بين فكرة خطأ الشخص الاعتبارى نفسه أو فكرة تحمله تبعة المخاطر او فكرة الضمان : كتابنا سالف الذكر ، فقرة ٣٤٩ ص ٩٤٣ — ٩٤٦ .

التى يرتكبها ممثلوه(١) . ذلك أن هذه الاخطاء ، رغم عدم صدورها عن الشخص الاعتبارى مباشرة لاستحالة قيامه بنفسه بأى نشاط ، ورغم صدورها فعلا عن ممثليه من الافراد ، يجب أن تنصرف آثارها اليه وحده ولا تنصرف اليهم ، ما داموا قد ارتكبوا هذه الاخطاء بسبب أو مناسبة النشاط لحساب الشخص الاعتبارى وفى حدود اختصاصهم بمقتضى تمثيلهم له فى هذا النشاط (٢) .

٢ — **المسئولية الجنائية (٣)** : ترفض أكثر الشرائع الحديثة قبول مبدأ مسئولية الشخص الاعتبارى جنائيا عن أفعال ممثليه . ويؤيد جمهور الفقه ذلك على أساس أن شرط المساءلة الجنائية هو توافر الارادة عند المسؤول ولا ارادة للشخص الاعتبارى ، وأن فى تقرير مسئولية الشخص الاعتبارى جنائيا عما يرتكبه ممثلوه من جرائم خرقا لمبدأ مسلم هو مبدأ شخصية العقاب فضلا عن استحالة توقيع أغلب العقوبات الجنائية — كالعقوبات الجسمانية أو البدنية — على الشخص الاعتبارى .

ويبدو لنا أن هذه الاعتراضات لا تنصب على مسئولية الشخص الاعتبارى جنائيا من حيث المبدأ بقدر ما تنصب على مدى مناسبة تطبيق نفس قواعد المسئولية الجنائية الخاصة بالافراد أصلا على الاشخاص الاعتبارية . والواقع انه مادام مسلما مبدأ مسئولية الشخص الاعتبارى مدنيا عن أفعال ممثليه

---

(١) قارب : Ripert et Boulanger, op. cit., t. II, No. 973

(٢) أما ما يجاوز حدود هذا النشاط والتمثيل من الاخطاء ، فلا ينصرف أثره الى الشخص الاعتبارى ، بل الى ذات مرتكبيه من أفراد ممثليه . فيتحملون وحدهم حينئذ بالمسئولية عن اخطائهم الشخصية ، دون أن يتحملها الشخص الاعتبارى (أنظر كتابنا سالف الذكر ، هامش «١» ص ٩٤٧) .

(٣) راجع فى ذلك خاصة :
Saleilles, pp. 645 et s. — Michoud, t. II, Nos. 279 - 287. — De Vabres, Traité de droit criminel et de législation pénale comparée, 3e. éd., 1947, Nos. 262-265.

السعيد مصطفى السعيد الاحكام العامة فى قانون العقوبات ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٧ ، ص ٣٤٧ — ٣٥٣ . — محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، الطبعة الثانية ١٩٥٤ ، فقرة ٣٣٥ .

رغم انعدام ارادته ، فليس ما يمنع منطقا من تصور مسئوليته جنائيا عما يرتكبه ممثلوه من جرائم بسبب أو بمناسبة توليهم عنه نشاطه ، وفى نفس فكرة تمثيل الشخص الاعتبارى فى النشاط الارادى والمادى معا ، ما يسمح باسناد مسئوليته الجنائية كمسئوليته المدنية على السواء (١) . أما العقوبات التى يتحمل بها الشخص الاعتبارى نتيجة مسئوليته الجنائية ، فلا بد وان تتفق مع طبيعته ، سواء كانت مشتركة بينــه وبين الشخص الطبيعى أو مقصورة عليه وحده ، كعقوبة الغرامة والمصــادرة والوقف والحل والاغلاق .

٣٢٤ — مبدأ التخصص وأثره فى تقييد نشاط الشخص الاعتبارى

اذا كان مبدأ التخصص — كما رأينا — يحد من مدى أهليــة وجوب الشخص الاعتبارى فيحصر صلاحيته كصاحب للحقوق والالتزامات فى نطاق الغرض المحدد الذى يستهدفه ويستمد منه قيمته الاجتماعية ، فكذلك يحد هذا المبدأ من نشاط الشخص الاعتبارى — الذى يتولاه عنه ممثلوه — فيركز نشاطه فى هذا الغرض وحده ويحرم عليه كل نشاط لغيره من الاغراض (٢) .

ومقتضى اعمال مبدأ التخصص ، ضرورة التزام كل شخص اعتبارى فى نشاطه حدود التخصص القانونى والنظامى ، أى حدود غرضه العــام المحدد بالقانون وفق الطائفة التى ينتمى اليها وحدود غرضه الخاص المحدد بنظامه داخل غرضه العام (٣) . فلا يجوز لجمعية القيام بأعمــال تجارية ، أو الدخول فى مضاربات مالية (٤) ، ولا لجمعية علمية أو دينية القيام بنشاط

---

(١) قارن : Coulombel, Encyclopédie Dalloz, t. III, Nos. 35, 44, pp. 762, 763.

(٢) أنظر بخاصة : م ١٩و٢٠و٢/٥٧ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ .

(٣) أنظر فى جزاءات خروج الشخص الاعتبارى فى نشاطه على مبدأ التخصص : كتابنا سالف الذكر ، ص ٩٥٢ و ٩٥٣ .

(٤) م ٢٠ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ سالف الذكر .

سياسى ، ولا يجوز لشركة الاشتغال بالسياسة ، ولا لشركة تتخصص فى انتاج افلام سينمائية توجيه نشاطها كذلك الى بناء عمارات استغلالية أو الى استخراج البترول او المواد المعدنية .

ولكن اذا تجمعت حول الغرض الاصلى الاساسى للشخص الاعتبارى اغراض أخرى ثانوية لا تتعارض معه ، بل تكون من مستلزماته أو بعض آثاره أو من مكملاته (١) ، فلا حرج على الشخص الاعتبارى من النشــاط كذلك فى حدودها دون أن يحمل ذلك معنى الخروج على مبدأ تخصصه بغرضه الاصلى ، كالشركة الصناعية التى تنشىء مصحا لعلاج عمالها وموظفيها وعائلاتهم أو مدرسة لتعليم أولادهم ، وكالجمعية الخيرية التى تطــرح أوراقا للنصيب لزيادة مواردها ، اذ هــذه الاغراض الثانوية متفرعة عن الغرض الاصلى أو موجهة لخدمته .

المطلب الســـادس
انقضاء الشخصية الاعتبارية (٢)

٣٢٥ ــ اسباب الانقضاء

اذا كان الشخص الاعتبارى اطول حياة عادة من الشخص الطبيعى وكان ذلك بعض اسباب وجوده وقيمته وامتيازه ، الا انه ليس معنى ذلك انه مخلد لا يدركه الفناء ، بل هناك من الاسباب الكثيرة ــ المتفقة وطبيعته ــ مايقضى عليه وينهي شخصيته .

فهو ينقضى انقضاء طبيعيا بانتهاء الاجل المحدد له اذا وجد مثل هــذا التحديد ، أو باستنفاد الغرض الذى وجد من اجله بتحققه كاملا أو باستحالة

---

(١) فى هذا المعنى :
اسماعيل غانم ، ص ٢٣٠ .

(٢) راجع فى ذلك خاصة :
Michoud, t. II, Nos. 333 - 395. — Capitant, Nos. 176 - 183. — Marty et Raynaud, t. I, No. 1054.

هذا التحقيق ، أو بموت كل الافراد من أعضائه اذا كان جماعة من الاشخاص (١) ، أو انقراض كل المنتفعين بغرضه اذا كان مجموعة من المال ، أو بتضاؤل أعضائه فى جماعات الاشخاص الى عضو واحد (٢) ، أو الى عدد من الاعضاء اقل من الحد الادنى الواجب توافره (٣) .

وكذلك ينقضى الشخص الاعتبارى انقضاء اختياريا ، اذا كان جماعة من الاشخاص ، اما بالاجماع من كافة أعضائه على حله ، واما بالاغلبية المحددة فى القانون أو النظام والتى تملك بمقتضى أيهما سلطة الحل .

ويكون الانقضاء اجباريا بعمل من الدولة ، سواء من السلطة التشريعية بالغاء طائفة بعينها من طوائف الشخص الاعتبارى بصفة عامة (٤) ، أو بالغاء شخص اعتبارى معين اكتسب الوجود والشخصية عن طريق هذه السلطة . أو من السلطة التنفيذية أو الادارية(٥) بسحب الترخيص السابق اعطاؤه منها لقيام أحد الاشخاص الاعتبارية ، أو فى غير ذلك من الاحوال اذا وجد من الاسباب ما يبرر الحل (٦) . أو من السلطة القضائية بحكم

---

(١) ومع ذلك ، فقد يترتب على موت عضو واحد انقضاء الشخص الاعتبارى ، وذلك حيث يغلب الاعتبار الشخصى فى تكوينه كشركة التضامن . ولكن خروجا على ذلك يجوز الاتفاق على استمرار الشركة مع ورثة الشريك أو فيما بين الباقين من الشركاء وحدهم (م ٥٢٨ مدنى ، وأنظر : مصطفى كمال طه ، ج ١ ، فقرات ٣٥٤ — ٣٥٦ و ٣٥٨ — ٣٦٤) .

(٢) ولكن استثناء من ذلك ، لا تنقضى شخصية الشركة بالتأميم ورغم ايلولة كل أسهمها الى شخص واحد هو الدولة اذا أبقى على شكلها كشركة (أنظر : مصطفى كمال طه ، الوجيز فى القانون التجارى ، ج ١ ، ١٩٦٦ ، بفقرات ٢٥٢ و ٤٨١) .

(٣) لا يجوز فى القانون المصرى أن يقل عدد الشركاء فى شركات المساهمة عن سبعة (أنظر مصطفى كمال طه ، القانون التجارى ج ١ ، ١٩٥٦ ، فقرة ٦٢٨) ، ولا أن يقل عدد أعضاء الجمعيات عموما عن عشرة (م ١ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤) .

(٤) كالغاء الاوقاف الاهلية فى القانون المصرى ، بمقتضى المرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ .

(٥) ولكن اعطاء السلطة الادارية حق حل وانهاء الشخص المعنوى لم يعد يقصد به اعطاؤها سلطة تقديرية تحكمية كما كان مفهوم نظرية الافتراض ، بل سلطة مقيدة بأسباب محددة مقدما تبرر الحل .

(٦) أنظر بخاصة : م ٥٧ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤

يصدر من المحكمة المختصة بحل شخص اعتبارى معين لمخالفة نظامه أو القانون أو النظام العام والاداب ، أو لوجود مسوغ خطير يبرر ذلك(١) .

٣٢٦ — نيول الانقضـــاء

اذا انقضى الشخص الاعتبارى بأحد الاسباب المتقـــدمة ، فمعنى ذلك انتهاء شخصيته وصلاحيته كمركز وصاحب للحقوق والالتزامات . ويثير ذلك مشكلة تحديد مصير حقوقه والتزاماته والى من تؤول من بعده .

ولكن ليست كل حقوق الشخص الاعتبارى والتزاماته بالتى تثور مشكلة تحديد مصيرها عند انقضائه . اذ منها ما ينقضى ويتلاشى بانقضاء هــذا الشخص ، كالحقوق غير المــالية مثل الحق التأديبى للشخص الاعتبارى على أعضـــائه (٢) وحق السيادة الثابت للدولة أو لغيرها من أشـــخاص القانون العــام (٣) ، بل وكبعض الحقوق المالية ذات الطابع الشـــخصى مثل حق الانتفاع (٤) الذى ينقضى حتما — من قبل حلول أجله — بانقضـــاء الشخص الاعتبارى ولا ينتقل عنه الى غيره .

وأما باقى حقوق الشخص الاعتبارى المــالية والتزاماته المــالية ، فهى التى تثور مشكلة تحديد مصيرها . وفى ذلك ينبغى التفرقة بين ما اذا كان مقصودا بانقضاء الشخص الاعتبارى حلول شخص أو اشخاص اعتبارية اخرى محله ، أو كان انقضاؤه انقضاء كاملا لا يعقبه مثل هذا الحلول .

ففى الحالة الاولى ، سواء كان انقضاء الشخص الاعتبارى بقصـــد تجزئته الى جملة أشخاص اعتبارية كتقسيم دولة أو جمعية الى دولتين

---

(١) أنظر بخاصة : م ٥٣٠ مدنى فى شأن حل الشركات .

(٢) Michoud, t. II, No. 395

(٣) Michoud, No. 396

(٤) Michoud, No. 394

مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ٦ ، ص ٥٥٠ .

او جمعيتين أو اكثر ، أو كان بقصد ادماجه فى شخص اعتبارى آخر او ضمه اليه كاندماج دولة او شركة فى دولة أو شركة أخرى أو ضمها اليها ، نجد أن الغالب أن الاشخاص الاعتبارية الناشئة عن التجزئة أو الشخص المندمج فيه يخلف الشخص الاعتبارى المتجزىء أو المندمج على حقوقه والتزاماته المالية (١) ، ويكون ذلك بمثابة حوالة لهذه الحقوق والالتزامات (٢) أى لذمة الشخص الاعتبارى المنقضى .

وفى الحالة الثانية ، حيث يكون الانقضاء كاملا لا يعقبه حلول شخص أو أشخاص اعتبارية أخرى محل الشخص الاعتبارى المنقضى ، ينبغى تصفية ذمة هذا الشخص بوفاء ديونه من حقوقه . وحاجات التصفية وضروراتها تقتضى الابقاء على الشخصية الاعتبارية رغم توافر سبب انقضائها . ولكن امتداد هذا الشخصية ، باعتباره خروجا على الاصل ، ينبغى أن يكون محصورا فى نطاق التصفية واجراءاتها فحسب فلا ينصرف الى غير ذلك من الاغراض . ومبدأ استمرار الشخصية الاعتبارية قائمة طوال فترة التصفية وبالقدر اللازم لاتمامها ، هو ما يستقر عليه القضاء الفرنسى (٣) ، ويصرح به فى شأن الشركات المشرع المصرى (م ٥٣٣ مدنى) (٤) ، وما ينبغى عن طريق القياس تعميمه — عند عدم وجود نص يقضى بالعكس — على غير الشركات من الاشخاص الاعتبارية الاخرى (٥) حيث يحتاج الامر الى التصفية .

---

(١) Michoud, t. II, No. 363

نقض ١٠ مارس سنة ١٩٥٥ ، مجموعة أحكام النقض (المدنية) ، س ٦ ، ع ٢ ، رقم ١٠١ ، ص ٧٦٣ .

(٢) مصطفى كمال طه ، ج ١ ، فقرة ٦٣٤ .

(٣) Marty et Raynaud, t. I, No. 1054, p. 1276

(٤) راجع فى ذلك :
مصطفى كمال طه ، ج ١ ، فقرات ٢٢٦ و ٦٣٠ .

(٥) فى هذا المعنى :
Marty et Raynaud, ibid.

فاذا تمت تصفية ذمة الشخص الاعتباري المنقضي وتبقت حقوق بعد وفاء كافة الديون ، فلا يجب مسايرة نظرية الافتراض فيما كانت تذهب إليه من أيلولة هذه الحقوق الى الدولة باعتبارها أموالا سائبة لا صاحب لها (١) ، وانما تؤول هذه الحقوق أو توزع طبقا للقانون أو لنظام الشخص الاعتبارى . والمستقر فى هذا الشأن التفرقة فيما يتعلق بالاشخاص الاعتبارية الخاصة بين ما يستهدف منها الربح وبين مالا يستهدفه . فما يستهدف منها الربح كالشركات ، يخضع لمبدأ توزيع المتبقى من الحقوق بعد التصفية على الاعضاء أو الشركاء (م ٥٣٦ مدنى) . وما لا يستهدف منها الربح ، كالجمعيات والمؤسسات الخاصة ، لا يعود المتبقى من حقوقها الى الاعضاء او المنشئين أو ورثتهم فى الاصل (٢) ، وانما يؤول عادة — وفقا لنظامها أو لقرار الحل أو للقانون — الى شخص اعتبارى آخر (٣) .

المبحث الثانى

انواع الشخص الإعتبارى

٣٢٧ — تقسيم الاشخاص الاعتبارية الى عامة وخاصة (٤)

من المستقر اعتبار التقسيم الاساسى للاشخاص الاعتبارية هو تقسيمها الى أشخاص عامة والى أشخاص خاصة تبعا لتقسيم القانون الى عام

---

(١) أنظر فى الاشارة الى مذهب نظرية الافتراض فى هذا الصدد وفى رفضه :
Michoud, t. II, Nos. 357, 361. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I. No. 95.
ومع ذلك ، فقد تؤول حقوق الشخص الاعتبارى الى الدولة اذا فرض المشرع حله مقررا ذلك .

(٢) ومع ذلك ، فقد ينص المشرع استثناء على عودة أموال الشخص الاعتبارى الى منشئة أو المنتفعين به . ومن هذا القبيل ما يقرره القانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ بالغاء نظام الوقف على غير الخيرات فى مصر من عودة أموال الوقف عند انتهائه الى الواقف ان كان حيا وكان له حق الرجوع فيه ، فان لم يكن آلت الى المستحقين الحاليين ، أو اليهم والى ذرية من مات من ذوى الاستحقاق من طبقتهم اذا كان الوقف مرتب الطبقات (م ٣) .

(٣) أنظر بخاصة : م ١/٥ و ٢ ، و م ٦٠ من قانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة سالف الذكر .

(٤) أنظر فى ذلك :
Michoud, t. I, Nos. 75, 82 - 95. — Planiol, Ripert et Savatier, t. I, Nos. 74, 74 bis. — Mazeaud, t. I, No. 603.

وخاص ، اذ تخضـــع الاولى لاحكام القانون العام والثانة لاحكام القـــانون الخاص ، مما يعطي لتقسيم الاشخاص الاعتبارية علي هذا النحو نفس الاهمية البالغة التي رأيناها لتقسيم القانون الى عام وخاص . .

والتفرقة بين اشخاص القانون العام وإشخاص القانون الخـــــاص الاعتبارية قد أصبحت اليوم دقيقة الى حد بعيد ، بنتيجة تدخل الدولة المتزايد فى ميادين كانت متروكة إلى قريب للنشاط الخاص وحده مما خلق الى جوار المرافق والمؤسسات العامة الادارية البحتة مرافق ومؤسسات أخـــرى اقتصادية ومهنية واثار مشكلة تكييفها ، ونتيجة رقابة الدولة المتزايدة على اشخاص القانون الخاص مما يكاد يوقع فى الخلط بينها وبين اشخاص القانون العـــــام .

والمعايير التى يقول بها الفقه للتفرقة بين الاشخاص الاعتبارية العامة والاشخاص الاعتبارية الخاصة معايير كثيرة متعددة (١) . ويبدو أن الوقوف عند واحد منها فحسب ، ليس بالحاسم فى أمر تبين حدود هذه التفرقة في قطع ويقين . لذلك قد يكون من الواجب النظر الي جملة القواعد القانونية التى تحكم الشخص الاعتبارى فى مجموعها ، والاعتداد فى شأنه بجملة معايير أو علامات تكشف معا عن توافر صـــفته العامة أو تخلفها (٢) : كتمتعه أو عدم تمتعه ازاء أعضائه وازاء الغير بامتيازات السلطة العامة ، وأصله ومنشاه ، وتمتع الادارة بالسيطرة عليه والكلمة النهائية فى شأنه أو اكتفاؤها بمجرد الاشراف عليه ورقابته الرقابة العادية .

---

(١) أنظر فى الاشارة الى هذا المعايير وفى مناقشتها :

Michoud, t. I, Nos. 86, 87.

مصطفى أبو زيد فهمى ، الوجيز فى القانون الادارى ، ج ١ ، نظرية المرافق العامة ، ١٩٥٧ ، فقرات ٢٥٤ — ٢٥٩ ، ص ١٩٧ — ٢٠١ . — محمد فؤاد مهنا ، القانون الادارى المصرى والمقارن ، ج ١ ؛ السلطة الادارية ، ١٩٥٨ ، ص ٤٥٦ — ٤٥٩ .

(٢) في هذا المعنى ؛

Michoud, t. I, No. 86, pp. 243 — 248.

وعلى أى حال ، فقد عنى المشرع المصرى — وهو بسبيل بيان أنواع الاشخاص الاعتبارية وكيفية اكتسابها الشخصية — بتحديد طوائف الاشخاص الاعتبارية العامة والخاصة على السواء ولكن دون عناية بوضع معيار للتفرقة بينهما ، فنص فى المادة ٥٢ من التقنين المدنى على ان « الاشخاص الاعتبارية هى :

١ — الدولة ، وكذلك المديريات والمدن والقرى بالشروط التى يحددها القانون ، والادارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التى يمنحها القانون شخصية اعتبارية .

٢ — الهيئات والطوائف الدينية التى تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية .

٣ — الاوقاف .

٤ — الشركات التجارية والمدنية .

٥ — الجمعيات والمؤسسات المنشأة وفقا للاحكام التى ستأتى فيما بعد .

٦ — كل مجموعة من الاشخاص أو الاموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص فى القانون » .

فنعرض فيما يلى للاشخاص الاعتبارية العامة ، للاشخاص الاعتبارية الخاصة .

المطلب الاول

الاشخاص الاعتبارية العامة

٣٢٨ — طوائف الاشخاص الاعتبارية العامة .

تنقسم الاشخاص الاعتبارية العامة الى نوعين رئيسيين : أشخاص اقليمية من ناحية ، ومنشآت أو هيئات أو مؤسسات عامة من ناحية ثانية .

(١) الاشخاص الاعتبارية الاقليمية : هى الاشخاص الاعتبارية العامة التى يشمل اختصاصها فى الاصل جميع المرافق ولكن فى حدود اقليمية معينة . وفى طليعة هذه الاشخاص شخص اساسى وضرورى هو الدولة التى ينبسط سلطانها ونشاطها على كافة اقليمها ، ويليها الاشخاص المحلية التى يتولى كل منها أمور المرافق العامة على اختلاف انواعها فى بقعة معينة من اقليم الدولة كالمحافظات والمدن والقرى (م ٥٢ / ١ مدنى) . وواضح أن ثبوت الشخصية الاعتبارية لهذه الاشخاص ، انما يتم عن طريق الاعتراف العام وبمجرد نشوئها وفق الشروط العامة المحددة فى القانون (١) . وتمثـــل هيئات وأجهزة معينة هذه الاشخاص فى نشاطها ، فتمثل الحكومة (بالمعنى الواسع) الدولة ، وتمثل مجالس المحافظات والمجالس البلدية والقروية المحافظات والمدن والقرى على التوالى .

(٢) المنشآت أو الهيئات أو المؤسسات العامة : أشارت الى هذا النوع الثانى من الاشخاص الاعتبارية العامة ، ولكن دون تفصيل أو تمثيـل ، المـادة ١/٥٢ من التقنين المدنى بقولها « الادارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التى يمنحها القانون شخصية اعتبارية » . واذا كان ظاهر هذا النص يشعر بأن هذا النوع من الاشخاص الاعتبارية — على خلاف النوع الاول — يلزم لثبوت شخصيته اعتراف خاص ، الا أن المشرع بنصـه من بعد على ثبوت الشخصية الاعتبارية للهيئة العامة (٢) وللمؤسسة العامة (٣) عموما ، يكون قد خلق اعترافا عاما بالشخصية الاعتبارية للهيئـات والمؤسسات العامة بحيث تثبت لها الشخصية بمجرد انشائها الذى يتم

---

(١) ظاهر أن هـذا القول يصـدق على المحافظات والمـدن والقرى . أما الـدولة ، فان شخصيتها الاعتبارية تنشأ لها فى المحيط الداخلى من قبل هذا الاعتراف ودون حاجة اليـه بمجرد توافر عناصر واقعية معينة ، وأن كانت تحرص على تسجيل هذه الشخصية ومظاهرها فى نصوص تشريعها من بعد . أما فى المحيط الدولى ، فان ثبوت شخصية الدولة يتوقف على الاعتراف بها من قبل الدول الاخرى (انظر فى شخصية الدولة وكيفية ثبوتها : Michoud. op. cit., t. I. Nos. 107 et s.)

(٢) م ١ من قانون الهيئات العامة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣ .

(٣) م ٦ من قانون المؤسسات العامة رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٦ .

بقرار من رئيس الجمهورية ، دون حاجة الى اعتراف خاص بالشخصية لكل هيئة او مؤسسة عامة منها على حدة .

وهذه الاشخاص الاعتبارية العامة المسماة بالمنشآت او الهيئات او المؤسسات العامة (établissements publics) ، او بالاشخاص المرفقية كما يسميها البعض (١) تمييزا لها عن الاشخاص الاقليمية ، تتخصص — وسواء كانت قومية أو محلية — بوجه معين من أوجه النشاط أو بمرفق أو مرافق محددة ، تتمتع فى توليها وادارتها بنوع من الاستقلال الذاتى عن الدولة أو الاشخاص الاعتبارية الاقليمية الاخرى التى تتبعها .

وقد كانت الاشخاص المرفقية محدودة من قبل وقاصرة على مجرد الهيئات او المؤسسات العامة الادارية التقليدية ، كالجامعات المصرية ودار الكتب ومجمع اللغة العربية والاذاعة اللاسلكية (٢) . ولكن امام اتساع وظيفة الدولة وازدياد تدخلها فى مختلف نواحى النشاط المتروك أصلا للجهود الخاصة ، كان لابد من اتساع مضمون فكرة الهيئات او المؤسسات العامة وتكاثر عدد الاشخاص المرفقية وتنوعها بالتالى .

وقد اتجه تدخل الدولة المتزايد أساسا الى الميدان الاقتصادى أمام انتشار النزعات الاجتماعية اليوم وما تعنيه من ضرورة هيمنة الدولة على الاقتصاد فى الجماعة ، وبذلك ظهرت صورة جديدة من المرافق أو المؤسسات العامة الاقتصادية (٣) لا تتولاها الدولة بنفسها مباشرة ، وانما تعطيها الشخصية الاعتبارية وتمنحها بذلك حظا من الاستقلال الفنى والادارى والمالى ، تتخفف به من الاساليب الادارية أو الحكومية المعقدة لتتبع أساليب ادارة المشروعات الحرة المماثلة ، مما يزيد فى فرصة نجاحها وتحقيق المقصود من اغراضها .

---

(١) محمد فؤاد مهنا ، المرجع السابق ، ص ٢٦٢ و ٢٧١ .
(٢) مصطفى أبو زيد ، المرجع السابق ، فقرة ٢٩٥ ، ص ٢٣٣ .
(٣) انظر فى المؤسسات العامة الاقتصادية:
مصطفى ابو زيد ، المرجع السابق ،فقرات ٢٩٥ — ٢٩٦ ، ٣٠٠ — ٣٠٤ ، ٣١٢ — ٣١٣ . — محمد فؤاد مهنا ،المرجع السابق ، ص ٢٧٨ — ٢٨٠ .

وقد جرى المشرع المصرى أخيراً على التمييز بين ما يتميه « الهيئات العامة » وما يتسميه « المؤسسات العامة » . ولكن لم يستقر حتى الآن معيار التمييز بوضوح بين هذين النوعين من الاشخاص الاعتبارية (١) ، وان كان الظاهر أن المشرع المصرى يرمز عموما بالهيئات العامة الى المنشآت العامة التقليدية وبالمؤسسات العامة الى المنشآت العامة الاقتصادية . وعلى اى حال ، فالمشرع نفسه يتكفل باقامة هذا التمييز ، اذ ينص على أن يحدد رئيس الجمهورية بقرار منه ما يعتبر هيئات عامة ولا يعتبر مؤسسات عامة (٢) .

وكذلك يثير تدخل الدولة المتزايد فى بعض مرافق التوجيه المهنى وهيمنتها عليها مشكلة تحديد صفتها . وتقوم هذه المرافق أو النقابات المهنية (٣) على ضم المشتغلين بمهنة معينة ضما اجباريا فى جماعة ذات شخصية اعتبارية ، تشرف على نظام وأصول المهنة ، وتختص بقبول المشتغلين بها ، وتفرض عليهم رسوما معينة وتملك عليهم سلطة تأديبية واسعة ، وتتمتع فى سبيل ذلك كله ببعض مزايا السلطة العامة . ومن أمثلتها الغرف التجارية والصناعية ونقابات المحامين والاطباء والمهندسين والمعلمين . ويكاد يستقر الفقه الادارى الحديث على اعتبارها من أشخاص القانون العام (٤) ، بل واعتبارها كذلك صورة جديدة من صور المؤسسات العامة هى « المؤسسات

---

(١) أنظر فى ذلك :
مصطفى كمال طه ، الوجيز فى القانون التجارى ، ١٩٦٧ ، فقرة ٤٩٣ . — محمد فؤاد مهنا ، القانون الادارى العربى فى ظل النظام الاشتراكى الديموقراطى التعاونى ، المجلد الاول ١٩٦٧ ، ص ٦٢٤ و ٦٢٦ .

(٢) م ١٨ من قانون الهيئات العامة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣ ، و م ٥ من قانون اصدار قانون المؤسسات العامة رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٦ .

(٣) أنظر فى المرافق أو النقابات المهنية :
مصطفى أبو زيد ، المرجع السابق ، فقرات ١٠٩ — ١٣٢ و ٣٥٣ — ٣٦٣ .
— محمد فؤاد مهنا ، القانون الادارى المصرى والمقارن ، ج ١ ، السلطة الادارية ، ١٩٥٨ ص ٢٨٠ — ٢٨٢ و ٤٥٠ — ٤٥٥ .

(٤) مصطفى أبو زيد ، فقرات ٢٦٧ — ٢٦٩ .

المهنية » ، (١) واعتبار قراراتها المتعلقة بالنشـــاط المهنى قرارات ادارية تخضـــع لرقابة القضاء الادارى (٢) . وعلى أى حال ، فقـــد قطع المشرع المصرى صراحة باعتبار بعض هذه المرافق المهنية مؤسسات عامة ، كمـــا فعل فى شأن الغرف التجارية (٣) والغرف الصناعية (٤) .

وكذلك فان النص ، فى صدد تعديد الاشخاص الاعتبـــــارية ، على « الهيئات والطوائف الدينية التى تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية » (م ٥٢/٢ مدنى) ، يثير التساؤل عن صفتها . وقد أتيح للقضاء الادارى المصرى أن يجيب عن هذا التساؤل فى شأن ما عرض عليه من الطعن فى قرارات بعض هذه الهيئات والطوائف الدينية ، فقضى باعتبارها من أشخاص القانون العام الاعتبارية (٥) وباعتبار قراراتها بالتالى قرارات ادارية تقبل الطعن فيها بالالغاء أمامه ، وذلك بالنظر الى ما تتمتع به هذه الهيئات من بعض مزايا واختصاصات السلطة العامة والى قيامها بخدمات ذات نفع عام والى خضوعها خضـــوعا جوهريا لهيمنة الدولة واشرافها (٦) . ويراعى ، على اى حال ، أن مثل هذه الهيئات والطوائف الدينية انما تثبت لهـــا

---

(١) أنظر : محمد فؤاد مهنا ، المرجع السابق ، ص ٤٥١ — ٤٥٥ ، والمراجع الفرنسية العديدة التى يشير اليها فى هامش ص ٤٥١ .

(٢) انظر فى ذلك حكمين لمحكمة القضاء الادارى فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٠ ، بالنسبة لنقابة المحامين ولنقابة المهن الهندسـية وقراراتهما (مجموعة المكتب الفنى ، س ٥ ، رقم ٧٢ ص ٣٠٤ ، ورقم ٧٥ ص ٣٢١ على التوالى) .

(٣) المادة الاولى من القانون رقم ١٨٩ لسنة ١٩٥١ .

(٤) المادة الاولى من القانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٤٧ ، المعدل بالقانون رقم ٥٣٠ لسنة ١٩٥٣

(٥) أنظر فى هذا المعنى كذلك :
سليمان مرقس ، فقرة ٢٢٤ . — محمد سامى مدكور ، ص ١٤٤ .

(٦) محكمة القضاء الادارى ، ٦ أبريل سنة ١٩٥٤ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٨ ، رقم ٦٠١ ، ص ١١٧١ ، بالنسبة لبطر كخانة الاقباط الارثوذكس .

ومحكمة القضاء الادارى ، ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٤ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٩ ، رقم ٣٤ ، ص ٣١ ، بالنسبة للمجلس الصوفى الاعلى .

الشخصية الاعتبارية عن طريق الاعتراف الخاص بكل منها (١) لا عن طريق الاعتراف العام ، وان كان ليس لازما أن يأتى هذا الاعتراف الخاص صريحا .

المطلب الثانى

الاشخاص الاعتبارية الخاصة

٣٢٩ — تقسيم

يمكن أن نقسم الاشخاص الخاصة التى تخضع للقانون الخاص ، من حيث تكوينها ، الى نوعين رئيسيين : جماعات الاشخاص التى تتألف من جملة أشخاص يجتمعون على تحقيق غرض معين ، ومجموعات الاموال التى تتكون من أموال مرصودة على تحقيق غرض معين . فنعرض لكل منهما على التوالى .

§ ١ — جماعات الاشخاص

٣٣٠ — تمهيد وتقسيم

فيما عدا جماعات الاشخاص التى تثبت لكل منها الشخصية الاعتبارية بمقتضى اعتراف خاص أو نص فى القانون (م ٦/٥٢ مدنى) ، تثبت الشخصية الاعتبارية — عن طريق الاعتراف العام — لطائفتين من جماعات الاشخاص هى الشركات والجمعيات (م ٤/٥٢ و ٥ مدنى) . فنعرض بايجاز فيما يلى للشركات ، ثم نعرض للجمعيات .

---

(١) فى هذا المعنى :

عبد المنعم البدراوى ، فقرة ٤٥٦ ، ص ٦٩٥ . — عبد الفتاح عبد الباقى ، فقرة ١٠٥ ، ص ١٥٨ .

ولكن ليس بلازم أن يكون الاعتراف الخاص بقانون ، وانما يكفى فيه أن يكون « وفقا للقواعد المتبعة فى هذا الصدد » (المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى ، مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٣٧٤) ، أى يكفى أن يكون اعترافا جرى به العرف (أنظر سليمان مرقس ، المرجع السابق ، هامش «٤» ، ص ٣٤٧ و ٣٤٨) .

(أ) الشركات

Les Sociétés

٣٣١ — مقومات الشركة وأنواعها

الشركة جماعة من الاشخاص تتجمع بقصد تحقيق ربح مادى يقتسمونه فيما بينهم . وغرض تحقيق الربح الذى توجد من أجله الشركة ، هو الذى يميزها عن الجمعية . وقد عرفت المادة ٥٠٥ من التقنين المدنى الشركة بما يبرز هذا الغرض بقولها « الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر ، يساهم كل منهم فى مشروع مالى ، بتقديم حصة من مال أو من عمل ، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة » .

والشركة على هذا النحو تفترض وجود شخصين على الاقل (١) من الاشخاص الطبيعية أو الاعتبارية (٢) ، ووجود ارتباط بين الشركاء والتزام بالتعاون على تحقيق مشروع استغلالى بقصد تحصيل ربح أو كسب مالى يزيد فى ثروتهم (٣) ، عن طريق تقديم أنصبة أو حصص سواء كانت مالية نقدية أو عينية أو كانت حصصا بالعمل ووضعها فى خدمة هذا المشروع ولتحقيق هذا الغرض ، حتى تعود عليهم من بعد ثمرته فيقتسمون فيما بينهم أرباحه أو يتحملون بمخاطره وخسائره .

والشركات اما شركات تجارية تحترف القيام بصفة رئيسية بالاعمال التجارية ، كعمليات البنوك أو النقل أو التأمين أو الصناعة ، واما شركات

---

(١) ولكن استثناء من ذلك ، تظل الشركات المؤممة معتبرة شركات رغم أن التأميم من شأنه أيلولة ملكية أسهم الشركة أو حصصها الى شخص وحيد هو الدولة (فى هذا المعنى : مصطفى كمال طه ، الوجيز فى القانون التجارى ، ١٩٦٧ ، فقرات ١٦٨ و ٢٥٢ . ولذلك نص قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٦ على أن للمؤسسة العامة — فى سبيل تحقيق اغراضها — انشاء شركات مساهمة بمفردها (م ١٠/أ) .

(٢) ومع ذلك ، ففى شأن بعض الشركات لا يكفى وجود شخصين بل يجب وجود عدد أكبر من الشركاء كحد أدنى ، مثل شركات المساهمة التى يلزم أن يكون عدد الشركاء المؤسسين فيها سبعة على الاقل (أنظر : مصطفى طه ، القانون التجارى ، ١٩٥٦ ، فقرة ٤١٩) .

(٣) مصطفى طه ، المرجع السابق فقرة ٢٤٢ .

مدنية تقوم بصفة رئيسية بالاعمال المدنية كالاستغلال الزراعى(١) .

٣٣٢ — تكوين الشركة وبدء شخصيتها

القاعدة أن الشركة تكتسب بمجرد تكوينها الشخصية الاعتبارية (م ١/٥٠٦ مدنى) . وهذا التكوين ، سواء فى الشركات المدنية أو التجارية (٢) ، يجب أن يتم بعقد مكتوب أيا كان قدر رأس المال ، والا كانت الشركة باطلة (١/٥٠٧ مدنى) (٣) ، بحيث تكون الكتابة اذن شرطا لانعقاد العقد لا لمجرد اثباته . وقد يستلزم القانون — فضلا عن الكتابة — اجراء شكليا آخر ، كصدور قرار جمهورى يرخص بتأسيس شركة المساهمة . وعلى ذلك تبتدىء شخصية الشركة بتحرير عقدها أو بصدور الترخيص الحكومى بها بعد هذا التحرير حسب الاحوال .

واذا كانت شخصية الشركة تبدأ بتكوينها على النحو المتقدم ، فمع ذلك لا يحتج بها على الغير الا بعد استيفاء اجراءات النشر أو الشهر(٤) التى يقررها القانون (م ١/٥٠٦ مدنى) (٥) . غير أن النشر مقصود به مصلحة الغير لا مصلحة الشركاء ، ولذلك لا يستطيع الشركاء الاحتجاج بشخصية الشركة على الغير قبل القيام باجراءات النشر المقررة ، بينما

---

(١) مصطفى طه ، المرجع السابق ، فقرة ٢٨٤ .

(٢) مصطفى طه ، فقرة ٢٥٤ .

(٣) ولكن هذا البطلان مقرر لمصلحة الغير ، ولذلك لا يجوز للشركاء الاحتجاج به قبله (م ٣/٥٠٧ مدنى) ، وأن جاز له التمسك قبلهم بقيام الشركة أو بطلانها حسب مصلحته .

(٤) ولكن خلافا لهذا الاصل ، يقرر المشرع أنه لا تثبت لشركة القطاع العام الشخصية الاعتبارية الا من تاريخ شهر نظامها فى السجل التجارى (م ٢/٣٦ من قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٦) . وكذلك لا تكتسب شركة المساهمة التى لا تطرح أسهمها للاكتتاب العام والشركة ذات المسئولية المحدودة الشخصية الاعتبارية الا بعد قيدها فى السجل التجارى ونشر عقدهما فى صحيفة الشركات (م ٥ و ٧٠ من قانون ٢٦ لسنة ١٩٥٤ ؛ أنظر مصطفى طه ، الوجيز ، ١٩٦٦ ، فقرة ١٨٨) .

(٥) ومع ذلك ، فلم يقرر التقنين المدنى اجراءات نشر معينة لشهر الشركات المدنية ، ولذلك ينبغى القول بأن شخصية هذه الشركات — على خلاف الشركات التجارية — تبدأ ويحتج بها على الغير منذ تكوينها (فى هذا المعنى : عبد المنعم البدراوى ، المرجع السابق ، فقرة ٤٧١ ، ص ٧١١) .

يظل للغير حق التمسك بهذه الشخصية رغم عدم شهر الشركة (م ٥٠٦/٢ مدنى) .

٣٣٣ — انقضاء الشركة

تنتهى الشركة بوجه عام — أيا كان نوعها أو شكلها — بانقضاء الميعاد المعين لها ، أو بانتهاء العمل الذى قامت من أجله (م ٥٢٦/١ مدنى) ، أو بهلاك جميع مالها أو جزء كبير منه بحيث لا تبقى فائدة فى استمرارها (م ٥٢٧/١ مدنى) ، أو باجماع الشركاء على حلها (م ٥٢٩/٢ مدنى) أو باتفاق أغلبيتهم على هذا الحل فى الحدود المقررة فى عقد الشركة أو نظامها ، أو بحكم قضائى بناء على سبب خطير يسوغ الحل (م ٥٣٠ مدنى) .

وفضلا عن ذلك ، توجد أسباب انقضاء خاصة بشركات الاشخاص . فهذه الشركات ، بقيامها على الاعتبار الشخصى ، تتعرض للانقضاء بكل طارىء يحمل معنى الاخلال بهذا الاعتبار ، كموت أحد الشركاء ، أو الحجر عليه ، أو اعساره ، أو افلاسه (م ٥٢٨/١ مدنى) ، أو انسحابه اذا كانت الشركة غير معينة المدة (م ٥٢٩/١ مدنى) . ولكن هذه الاسباب غير متعلقة بالنظام العام ، ولذلك يجوز الاتفاق على استمرار الشركة رغم توافر أحد هذه الاسباب .

وبانقضاء الشركة تتعين تصفية أموالها وقسمتها . وتتم هذه التصفية والقسمة بالطريقة المبينة فى العقد ، وعند خلوه من حكم خاص تتبع أحكام القانون (م ٥٣٢ مدنى) . ولحاجات التصفية ، تبقى استثناء شخصية الشركة — رغم توافر سبب انقضائها — بالقدر اللازم لهذه التصفية والى نهايتها (م ٥٣٣ مدنى) (١) . وبعد تمام التصفية باستيفاء الدائنين لحقوقهم ، تقسم أموال الشركة بين الشركاء جميعا ، فيختص كل واحد منهم بمبلغ يعادل قيمة الحصة التى قدمها فى راس المال ، واذا بقى شىء بعد ذلك ، يقسم بين الشركاء بنسبة نصيب كل منهم فى الارباح . أما اذا لم يكف

---

(١) أنظر سابقا ، ص ٦٢٥ .

صافى مال الشركة للوفاء بحصص الشركاء ، فان الخسارة توزع عليهم جميعا بحسب النسبة المتفق عليها فى توزيع الخسائر (م ٥٣٦ مدنى) .

(٢) الجمعيـــات

Les Associations

٣٣٤ — تمهيـــد

عنى التقنين المدنى الحالى بوضع أحكام عامة للجمعيات فى المـــواد من ٥٤ الى ٦٨ منه . وقد صدرت قبله وبعده تشريعات خاصة ببعض أحكام جزئية متعلقة بالجمعيات أو بأنواع معينة منها . وقد راى المشرع من بعد جمع شتات كل هذه الاحكام فى صعيد واحد مع اعادة النظر فيها ، ممـــا اقتضاه اخراجها من صلب التقنين المدنى واصدار تشريع جديد خاص بها . ولكنه لم يقتصر فى هذا التشريع على احكام الجمعيات وحدهـــا بل ضم اليها كذلك أحكام المؤسسات الخاصة . وقد صدر بهذا التشريع أولا القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ ، ثم حل محله اليوم القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ . وبذلك تم نسخ نصوص التقنين المدنى الاصلية فى هذا الشأن .

٣٣٥ — مقومات الجمعية

يقصد بالجمعية « كل جماعة ذات تنظيم مستمر ، لمدة معينة أو غير معينة، تتألف من أشخاص طبيعيين لا يقل عددهم عن عشرة أو من أشخاص اعتبارية، لغرض غير الحصول على ربح مادى » . ومن هذا التعريف ، تتبين أركان الجمعية ومقوماتها الآتية :

١ — تتألف الجمعية من عدد او جماعـــة من الاشخاص . ويستوى ان يكون هؤلاء الاشخاص اشخاصا طبيعيين او اشخاصا اعتباريين . ولكن اذا كانوا أشخاصا طبيعيين ، فيجب أن لا يقل عددهم عن عشرة .

٢ — تمثـــل الجمعية تنظيما مستمرا . ولا يقصـــد بالإستمرار التأبيد والدوام ، اذ يمكن أن تعين للجمعية مدة محددة تنقضى بانتهائها ، وانمـــا

يقصد بالاستمرار أن يكون وجودها وتنظيمها مستقرا ثابتا يميزها عن مجرد الاجتماعات العارضة أو الوقتية التى لا تكون جمعية ولا تستأهل اكتساب الشخصية .

٣ — تهدف الجمعية الى غرض غير الحصول على ربح مادى ، وهذا هو الذى يميزها عن الشركة (١) . ويستوى بعـــد ذلك — ما دام غرض الجمعية غير مخالف للنظام العام والاداب — أن يكون خيريا أو دينيا أو علميا أو ثقافيا أو رياضيا أو اجتماعيا ، أو سياسيا كالاحزاب ، أو مهنيا للدفاع عن مصالح أبناء المهنة الواحدة كنقابات العمال .

٣٣٦ — نشوء الجمعية وبدء شخصيتها

لا تنشـــأ الجمعية الا بمقتضى نظام مكتوب موقـــع من المؤسسين (٢) (م ١/٣) والكتابة هنـــا — كما فى حال الشركة — شرط وجود وانعقـــاد لا شرط اثبات . ويجب أن يشتمل نظام الجمعية المكتوب على بيانات عددتها المادة ٢/٣ وهى : اسم الجمعية (٣) ونوع وميدان نشاطها (٤) ونطاق عملها

---

(١) قد تدق التفرقة بين الشركة والجمعية فى صورة بعض الجمعيات التى تستهدف تحقيق منافع اقتصادية لاعضائها . ولكن ينبغى أن يكون مفهوما أن المقصود بالربح الذى يعبر السعى اليه هو المميز الاساسى للشركة هو الكسب الايجابى المـالى أو المادى الذى ينضاف الى ثروة الشركاء وليس مجرد الكسب السلبى بالاقتصاد فى النفقات أو توقى بعض الخسائر . ولذلك ينبغى أن تعتبر جمعيات لا شركات ، جمعيات التأمين التبادلى التى تستهدف تعويض من يحيق به من اعضائها خطر معين من حصيلة ما يساهم به فيها كل الأعضـــاء من أموال وحصص ، والجمعيات التعاونية للاستهلاك التى تبيع السلع للاعضاء بالسعر الجارى ثم تعيد اليهم فى اخر كل عام الفرق بين هذا السعر وبين نفقة التكلفة ومصاريف الادارة [أنظر : مصطفى طه : المرجع السابق ، فقرة ٢٤٢ . وأنظر كذلك فى تأييد اعتبار الجمعيات التعاونيه جمعيات لا شركات : شفيق شحاته ، فقرة ١٢٦ . — محمد سامى مدكور ، ص ١٤٩ . — سليمان مرقس ، هامش (١) ص ٣٥٠ — عبد الفتـــاح عبد الباقى ، فقرة ١١٦ ص ١٦٨ ، ولكن أنظر عكس ذلك ، بور سعيد الجزئية ، ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٣ ، المحاماة ١٤ ، رقم ١٠٩ ص ٢١٦) .

(٢) ويجب أن لا يشترك فى تأسيسها أو ينضم الى عضويتها أى من الاشخاص المحرومين من مباشرة الحقوق السياسية الا بتصريح من الجهة الادارية المختصة (م ٣/١أ) ، وهى وزير الشئون الاجتماعية (م ٤٤ من اللائحة التنفيذية للقانون ، معدلة بالقرار رقم ٢٢٢٢ لسنة ١٩٦٧) .

(٣) « لا يجوز لاية جمعية أن تتخذ تسمية تدعو الى اللبس بينها وبين جمعية أخرى تشترك معها فى نطاق عملها الجغرافى (م ٣/٢ — أ) .

(٤) تنص المادة الثانية من القانون على أن «كل جمعية تنشأ مخالفة للنظام العام أو للاداب =

الجغرافى ، ومركز ادارتها على ان يكون هذا المركز فى الجمهورية العربيه المتحدة ، واسم كل من الاعضاء المؤسسين ولقبه وسنه وجنسيته ومهنته ومحل اقامته ، وموارد الجمعية وكيفية استغلالها والتصرف فيها ، والاجهزة التى تمثل الجمعية واختصاصات كل منها وكيفية اختيار اعضائها وطرق عزلهم، ونظام العضوية وشروطها وحقوق الاعضاء وواجباتهم ، ونظام المراقبة المالية ، وكيفية تعديل نظام الجمعية وكيفية ادماجها او تكوين فروع لها ، وقواعد حل الجمعية والجهة التى تؤول اليها اموالها .

وقد كان التقنين المدنى يقرر ثبوت الشخصية الاعتبارية للجمعية بمجرد انشائها أى بتحرير نظامها (م ١/٥٨ و م ٥٥) ، ولكنه كان يعلق الاحتجاج بهذه الشخصية فى مواجهة الغير على شهر نظامها (م ٢/٥٨) ؛ غير ان الشهر كان مقررا لحماية الغير ، ولذلك كان يستطيع — رغم اهمال الشهر — التمسك ضد الجمعية بالاثار المترتبة على شخصيتها الاعتبارية (م ٢/٥٩) . ولكن المشرع لم يلبث أن عدل عن هذه الاحكام فى القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ وأكد هذا العدول فى القانون الحالى رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ ، مقررا أنه « لا تثبت الشخصية الاعتبارية للجمعية الا اذا شهر نظامها وفقا لاحكام هذا القانون » (م ٨) ، وبذلك لم يعد نشوء الجمعية بتحرير نظامها كافيا اصلا لبدء شخصيتها. ويكون شهر نظام الجمعية بمجرد قيده فى السجل المعد لذلك (م ١٠ /) (١) ، مقابل دفع رسم معين (م ٩) . وينشر ملخص القيد فى الوقائع المصرية بغير مقابل (م ١٠ / ٢) ، ولكن لا يترتب على تأخير هذا النشر تأخير بدء شخصية الجمعية ، فهى تبدأ فور قيد نظام الجمعية فى السجل المعد لذلك (٢) . والاصل ان تقوم الجهة الادارية المختصة — وهى مديرية الشئون الاجتماعية المختصة (م ٤٤/و من اللائحة التنفيذية ،

= أو بسبب أو لغرض غير مشروع او يكون الغرض منها المساس بسلامة الجمهورية او بشكل الحكومة الجمهوري او نظامها الإجتماعى ، تكون باطلة » .

(١) ويجب كذلك شهر كل تعديل فى نظام الجمعية ، والا اعتبر التعديل كأن لم يكن (م ١٣) .

(٢) فى هذا المعنى :
عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، اهمش (٢) ص ١٦٩ .

معدلة بالقرار رقم ٢٢٢٢ لسنة ١٩٦٧) — باجراء الشهر خلال ستين يوما من تاريخ طلبه ، فاذا مضت الستون يوما دون اتمامه ، اعتبر الشهر واقعا بحكم القانون (م١١) . ولكن تملك هذه الجهة — بعد أخذ رأى الاتحاد المختص — حق رفض الشهر اذا كانت البيئة فى غير حاجة الى خدمات الجمعية ، أو لوجود جمعيات أخرى تسد حاجات البيئة فى ميدان النشاط المطلوب ، أو اذا كان انشاؤها لا يتفق مع دواعى الامن ، أو لعدم صلاحية المكان من الناحية الصحية والاجتماعية ، أو لكون الجمعية قد أنشئت بقصد أحياء جمعية أخرى سبق حلها (م ١/١٢) . غير أن لذوى الشأن حق التظلم الى الجهة الادارية المختصة من قرار الرفض (١) .

٣٣٧ — قيود أهلية وجوب الجمعية

سبق ان اشرنا الى أن أهلية وجوب الشخص الاعتبارى بوجه عام محدودة بالقياس الى أهلية وجوب الشخص الطبيعى بالنظر الى ما بين الشخصين من اختلاف فى التكوين والغرض ، فتتقيد بامتناع اسناد الحقوق والالتزامات اللازمة لطبيعة الانسان الى الشخص الاعتبارى ، وبانحصار ما يسند الى الشخص الاعتبارى من حقوق والتزامات فى حدود ما يتخصص به من غرض (٢) . وهذان القيدان فى شأن الشخص الاعتبارى عامة ، يصدقان كذلك فى شأن الجمعية خاصة .

---

(١) يقدم التظلم خلال ستين يوما من تاريخ ابلاغ ذوى الشأن قرار الرفض (م ٢/١٢) . ويجب البت فى التظلم بقرار مسبب خلال ستين يوما من تاريخ وصوله الى الجهة المختصة والا اعتبر مقبولا (م ٣/١٢) .

(٢) اذا كانت شخصية الجمعية لا تبدأ الا بشهر نظامها ، فينبغى التساؤل عما اذا كان فى الامكان اسناد ما يتعلق بانشاء الجمعية من حقوق والتزامات ، فى فترة التأسيس وقبل ابتداء شخصيتها بالشهر ، الى الجمعية لا الى المؤسسين . وقد سبق أن رأينا امكان الاعتراف من حيث المبدأ للاشخاص الاعتبارية عموما بشخصية معينة فى هذه الفترة فى حدود غرض التأسيس وحده ، على أن يتوقف مصير الحقوق والالتزامات المسندة اليها فى هذه الحدود من حيث استقرارها نهائيا أو زوالها على تمام أو عدم تمام تكوين هذه الاشخاص وثبوت شخصيتها . ومع ذلك ، فقد أورد المترع المصرى حكما يشكك فى اعمال هذا المبدأ فى شأن الجمعيات ، وهو ما يمكن معه اعتباره استثناء منه ، بنصه على أن يعتبر مؤسسو الجمعية « مسئولين عما يستلزمه انشاء الجمعية من نفقات وما يتفرع عن ذلك من التزامات . فاذا أشهر نظام الجمعية ، ترد اليهم النفقات التى تقررها الجمعية العمومية » (م ٣ / فقرة أخيرة من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٣٢ لسنه ١٩٦٤) .

وفضلا عن هذه القيود العامة ، خص المشرع الجمعيات بقيد خاص بنصه على أنه « لا يجوز ان تكون للجمعية حقوق ملـــكية أو اية حقوق أخرى على عقارات ، الا بالقدر الضرورى لتحقيق الغرض الذى انشئت من أجله ما لم تحصل على اذن بذلك من الجهة الادارية المختصة » (م ١/٧) ، غير أن هذا القيد الخاص يجاوز حدود فكرة التخصص ، اذ ليس فى تملك أو اكتساب حقوق على عقارات تزيد على القدر الضرورى لتحقيق غرض الجمعية ، ما يحمل المعنى الذى يفرضه التخصص كقيد عام من الخروج على ذلك الغرض (١) . ولعل المشرع كان متأثرا فى ذلك بنوازع الحذر التقليدى من ازدياد قوة الجمعيات بما قد يحمله ذلك من خطر على الدولة ، وبالنظرة التقليدية الاقتصادية الى العقارات باعتبارها أكبر قيمة من المنقولات وعماد ثروة وقـــوة الجمعيـــات بالتـــالى (٢) .

وعلى اى حال ، فليس هذا القيد بالمطلق ، اذ لا يسرى على الجمعيات التى تعمل فى ميدان الرعاية الاجتماعية والجمعيات الثقافية (م ٢/٧) والجمعيات ذات الصفة العامة (م ٦٥) . فيجوز لهـــا أن تملك أو تكتسب حقوقا على عقارات ولو كانت تجاوز القدر الضرورى لتحقيق غرضها ، حتى تضمن لنفسها موارد ثابتة تنفق منها على هذه الاغراض الجديرة بالتحقيق والتشجيع وتتحوط فى شأنها للمستقبل . ولانه لا حرج — بل ليس أولى وافضل — من التزيد فى تحقيق هذه الاغراض أمام نفعها وأهميتها البالغة دون الوقوف عند القدر اللازم والضرورى منها . فضلا عن انعدام خطر هذه الجمعيات على الدولة بالنظر الى طبيعة أغراضها والى خضوعها لرقابة ادارية أو اشراف ادارى أشد من سائر الجمعيات .

---

(١) اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢٣٩ .

(٢) ولذلك يكون للجمعية أن تتملك أو تكتسب حقوقا على المنقولات دون قيد ، ولو كانت تجاوز القدر الضرورى لتحقيق غرضها (فى هذا المعنى : المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٣٩١ . — ولكن قارن : عبد الفتـــاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، فقرة ١١٨ ، ص ١٧١) .

٣٣٨ — نشاط الجمعية

١ — **قيود نشاط الجمعية :** من الواضح أن نشاط الجمعية — كنشاط أى شخص اعتبارى — يتقيد بمبدأ التخصص فينحصر فى حدود غرضها وحده دون غيره من الاغراض . وقد أكد المشرع المصرى هذا القيد فى شأن الجمعية خاصة بنصه على أن «على الجمعية أن تنفق أموالها فيما يحقق أغراضها . ولها أن تستعمل فائض ايراداتها لضمان مورد ثابت فى اعمال مضمونة الكسب على الا يؤثر ذلك فى نشاطها» (م ١٩) ، وأنه «لا يجوز للجمعية الدخول فى مضاربات مالية » (م ٢٠) باعتبار ذلك مناقضا للتخصص القانونى للجمعية بوصفها لا تستهدف تحقيق الربح المادى .

وفضلا عن هذه القيود العامة ، يضع المشرع قيودا خاصة على نشاط الجمعية . منها عدم جواز انتسابها أو اشتراكها أو انضمامها الى جمعية أو هيئة أو ناد مقره خارج الجمهورية العربية المتحدة قبل ابلاغ الجهة الادارية المختصة بذلك وانقضاء ثلاثين يوما من تاريخ الابلاغ دون اعتراض منها ، وعدم جواز حصولها على أموال من شخص أو هيئة أجنبية ، أو ارسالها شيئا من ذلك الى أشخاص أو منظمات فى الخارج الا باذن من الجهة الادارية المختصة فيما عدا المبالغ الخاصة بثمن الكتب والمجلات العلمية والفنية (م ٢٣) ، وكل ذلك بقصد الرقابة على ما يكون للجمعية من صلات خارجية قد تضر بأمن الدولة وصالحها . ومن هذه القيود الخاصة كذلك انه لا يجوز الترخيص بجمع تبرعات من الجمهور أو اقامة حفلات وأسواق خيرية أو مباريات رياضية أو غير ذلك من وسائل جمع المال للاغراض الاجتماعية الا للجمعيات والاتحادات المشهرة وفى الاحوال وبالاوضاع وبالشروط التى تبينها اللائحة التنفيذية (م٢٥) .

٢ — **رقابة نشاط الجمعية :** كان المشرع يخضع فى الاصل نشاط الجمعية لرقابة ادارية . غير أنه زاد هذه الرقابة فى القانون الحالى رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ محكما بذلك قبضة الادارة على الجمعيات . وفى سبيل تمكين الادارة من ممارسة سلطتها فى الرقابة ، جعل المشرع للجهة الادارية المختصة حق الاطلاع على

السجلات والوثائق التى يلزم المشرع الجمعية الاحتفاظ بها فى مركز ادارتها (م ١٦) ، وحق فحص أعمال الجمعية والتحقق من مطابقتها للقوانين ونظام الجمعية وقرارات الجمعية العمومية (رقم ٢٧) .

ونوجز اهم اوجه الرقابة الادارية فيما يلى :

١ — يجب على الجمعية أن تخطر هذه الجهة عند تغيير المصرف المودع به اموالها خلال اسبوع من تاريخ حصوله (م ١٨) . وان تبلغها بكل اجتماع للجمعية العمومية قبل انعقاده بخمسة عشر يوما على الاقل وبالمسائل الواردة فى جدول الاعمال والاوراق المرفقة به (م ٣٩) . وان تبلغها كذلك بصورة من محضر اجتماع الجمعية العمومية خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الاجتماع (م ٤٤) .

٢ — لوزير الشئون الاجتماعية تعيين ممثل للوزارة وممثل لكل هيئة من الهيئات الادارية المعنية أعضاء فى مجلس ادارة الجمعية ، على ان لا يزيد عددهم عن نصف مجموع أعضاء المجلس (م ٤٨) .

٣ — خروجا على الاصل من انعقاد الجمعية العمومية للجمعيات بناء على دعوة من مجلس الادارة ، يمكن انعقادها بناء على دعوة من الجهة الادارية المختصة اذا رات ضرورة لذلك وبعد أخذ راى الاتحاد المختص (م ٣٦/ج) .

٤ — للجهة الادارية المختصة،اذا دعت الضرورة،طلب عقد مجلس ادارة الجمعية بخطاب موصى عليه تحدد فيه الموضوعات التى ترى عرضها على المجلس . ويجب على المجلس النظر فى هذه الموضوعات فى الموعد الذى تحدده الجهة الادارية أو خلال شهر على الاكثر من تاريخ ابلاغه (م ٥٣) .

٥ — للجهة الادارية المختصة وقف تنفيذ أى قرار يصدر من الاجهزة القائمة على شئون الجمعية ، يكون مخالفا للقانون او لنظام الجمعية او للنظام العام او للآداب (م ١/٣٢) . ولكن يكون للجمعية ولكل ذى شأن الطعن فى قرار

وقف التنفيذ بغير رسوم امام محكمة القضاء الادارى ، ويجب على هذه المحكمة ان تقضى فى الطعن على وجه الاستعجال (م ٢/٣٣) .

٦ — لوزير الشئون الاجتماعية ، بقرار مسبب ولمدة محددة ، تعيين مدير أو مجلس ادارة مؤقت للجمعية ، اذا أصبح عدد أعضاء مجلس الادارة غيركاف لانعقاده انعقادا صحيحا ، أو اذا لم يتم انعقاد الجمعيــة العمومية عامين متتاليين بدون عذر تقبله الجهة الادارية المختصة (م ٢٨) .

٧ — للجهة الادارية المختصة أن تقرر — بقرار مسبب — ادماج أكثر من جمعية تعمل لتحقيق غرض متماثل أو توحيد ادارتها أو تعــديل أغراضها ، تبعا لاحتياجات البيئة أو لتحقيق التناسق بين الخدمات التى تؤديها أو لغير ذلك من الاسباب التى تراها كفيلة بحسن تحقيق الغرض الذى انشئت من اجله ، على أن يراعى بقدر الامكان رغبات المؤسسين وغرض الجمعيــة ونوع ما تؤديه من خدمات (م ٢٩) .

٣٣٩ — انقضاء الجمعية

تنقضى الجمعية بالاسباب العامة لانقضاء الشخص الاعتبــارى (١) ، مثل انتهاء الاجل المحدد لها ، أو استنفاد الغرض منها أو استحالة تحقيقه، أو موت كل اعضائها او تضاؤلهم الى اقل من الحد الادنى المفروض (٢) ، او بحلها حلا اختياريا أو حلا اجباريا . وهذا السبب الاخير هو الذى نعرض له بخاصة فيما يلى :

١ — **الحل الاختيارى** : لا يتأتى حل الجمعية حلا اختياريا الا بقــرار يصدر من الجمعية العمومية بأغلبية ثلثى اعضائها ، ما لم يرد فى نظــام الجمعية نص يشترط اغلبية أكثر من ذلك (م ٢/٤٢) .

٢ — **الحل الاجبارى** : لم يكن يتأتى فى الاصل حل الجمعية حلا اجباريا الا

---

(١) أنظر سابقا ، فقرة ٣٢٥ .
(٢) أنظر سابقا ، ص ٦٢٣ .

بحكم قضائى (١) . ولكن القانون الحالى رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ جعل هذا الحل بقرار من وزير الشئون الاجتماعية بعد أخذ رأى الاتحاد المختص ، على أن يبلغ هذا القرار للجمعية بخطاب موصى عليه بعلم وصول (م ٥٧/١و٢) . غير أن الوزير لا يملك تقرير الحل الا فى حالات محددة ذكرها القانون على سبيل الحصر وهى : (١) اذا ثبت عجز الجمعية عن تحقيق الاغراض التى أنشئت من أجلها . (٢) اذا تصرفت فى أموالها فى غير الاوجه المحددة لها طبقا لاغراضها . (٣) اذا تعذر انعقاد جمعيتها العمومية عامين متتاليين (٤) اذا ارتكبت مخالفة جسيمة للقانون أو اذا خالفت النظام العام أو الاداب (م٥٧/١) ولكن يظل من حق الجمعية ومن حق كل ذى شأن الطعن فى قرار الحل أمام محكمة القضاء الادارى ، ويوجب المشرع على المحكمة الفصل فى الطعن على وجه الاستعجال وبدون مصروفات (م٥٧/٣) .

تصفية الجمعية : اذا حلت الجمعية حلا اختياريا أو حلا اجباريا ، فتدخل دور التصفية التى يقوم بها مصف تعينه الجهة التى أصدرت قرار الحل (م ٥٩) ، أى تعينه الجمعية العمومية فى حال الحل الاختيارى ووزير الشئون الاجتماعية فى حال الحل الاجبارى . وينبغى — قياسا على المقرر فى شأن الشركات — الابقاء على شخصية الجمعية المنحلة طوال فترة التصفية ، ولكن فى حدود حاجات التصفية وبالقدر اللازم لاتمامها فحسب كما سبق البيان (٢) ، واعتبار المصفى ممثلا لها فى هذه الحدود .

وبعد تمام التصفية ، يقوم المصفى بتوزيع ما تبقى من أموال الجمعية وفقا لما هو مقرر فى نظامها وبما لا يتعارض مع أحكام القانون الآمرة . ومن هذه الاحكام أنه « لا يجوز أن ينص فى نظام الجمعية على أن تؤول أموالها عند الحل الا الى الجمعيات أو المؤسسات الخاصة أو الاتحادات التى تعمل فى ميدان عمل الجمعية المنحلة » (م ٥) ، مما يعنى عدم جواز

---

(١) أنظر كتابنا سالف الذكر ، ص ٩٨٧ و ٩٨٨ .
(٢) أنظر سابقا ، ص ٦٢٥ .

النص على ايلولةأموالها عند الحل الى الاعضاء او الى ورثتهم أو اسرهم . وحكمة ذلك واضحة ، لان الاصل فى وجود الجمعيات ليس هو تحصيل ربح للاعضاء فضلا عن أن مواردهـا تجمع فى الغالب من حصـيلة التبرعات والاعانات فلا يجب أن تكون مصدرا لاثراء الاعضاء . ولكن اذا انتفت هذه الحكمة — وهو ما يتحقق فى شأن المال المخصص لصندوق الاعانات المتبادلة أو لصندوق المعاشات (م ٣/٥) ، وفى شأن حصص الجمعيات التعاونية (م ٥٥ من قانون الجمعيات التعاونية رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٦) — فليس ما يمنع من النص فى نظام الجمعية على ايلولة هذه الاموال أو تلكالحصص الى الاعضاء أو ورثتهم أو اسرهم .

واذا لم يوجد فى نظام الجمعية نص صحيح واجب التنفيـذ على كيفية توزيع المتبقى من اموالها ، أو وجد ولكن اصبحت طريقة التوزيع المنصوص عليها غير ممكنة ، وجب على الجهة الادارية — وهى مجلس المحافظة — أن يقرر — بعد أخذ رأى الاتحادات المختصة — توجيه أموال الجمعية المنحلة الى الهيئات الاجتماعية التى تراها (م ٢/٦٠) .

٣٤٠ — الجمعيات ذات النفع العام أو الصفة العامة

من الجمعيات ما يتمحض غرضه للصالح والنفع العام ، مما يبرر معاملتها معاملة ممتازة رعاية لهذا الغرض ، بالتمكين لها من تمام القدرة علىتحقيقه عن طريق منحها بعض امتيازات السلطة العامة واعفائها من بعض ما يرد من قيود على أهلية الجمعيات بوجه عام ، واعطاء السلطة الادارية — مقابل ذلك — قسطا من الاشراف والهيمنة عليها أكبر مما لها من ذلك علىالجمعيات العادية .وهذه الجمعياتكانت معروفة دائما فىالقانون المصرىباسم الجمعيات ذات النفع العام ، ولكن المشرع أصبح يسميها اليوم « الجمعيات ذاتالصفة العامة » .

وواضح أن اخضاع مثل هذه الجمعيات لهـذا النظام الخاص يقتضى القطع فى حقيقة غرضها واستهدافها الخدمة أو المنفعة العامة ، وهو أمر

يجب أن يترك تقديره للسلطة التنفيذية ، ولذلك ينص المشرع على أن «تعتبر جمعية ذات صفة عامة كل جمعية يقصد بها تحقيق مصلحة عامة يصدر قرار من رئيس الجمهورية باعتبارها كذلك . كما يجوز بقرار من رئيس الجمهورية سحب الصفة العامة من الجمعية » (م ٦٣) . غير أن سحب الصفة العامة من الجمعية لا يفقدها شخصيتها الاعتبارية ، بل يقتصر على مجرد حرمانها من الخضوع لنظام الجمعيات ذات الصفة العامة واعادة اخضاعها للنظام العادى للجمعيات عموما .

والجمعيات التى يصدر قرار من رئيس الجمهورية باعتبارها من الجمعيات ذات الصفة العامة ، تظل — رغم تمتعها ببعض امتيازات السلطة العامة — من أشخاص القانون الخاص الاعتبارية ، فلا تعد بذلك من أشخاص القانون العام الاعتبارية ولا تختلط بصفة خاصة ببعض صورها كالمؤسسات العامة .

١ — **امتيازات الجمعيات ذات الصفة العامة :** تتمتع الجمعيات ذات الصفة العامة — بالنظر الى ما تقوم به من خدمة ومنفعة عامة — بنوعين هامين من الامتيازات :

١ — تعتبر هذه الجمعيات مستثناة من قيود الاهلية المتعلقة بتملك الاموال والعقارات (م ٦٥) ، فتستطيع أن تتملك أو تكتسب حقوقا على العقارات ولو كانت مجاوزة للقدر الضرورى لتحقيق غرضها .

٢ — تتمتع هذه الجمعيات ببعض اختصاصات وامتيازات السلطة العامة ، كعدم جواز الحجر على أموالها كلها أو بعضها ، وعدم جواز تملك هذه الاموال بمضى المدة ، وجواز قيام الجهة الادارية المختصة بنزع الملكية للمنفعة العامة التى تقوم بها الجمعية . ويحدد بقرار من رئيس الجمهورية ما تتمتع به الجمعية ذات الصفة العامة من هذه الاختصاصات والامتيازات (م ٦٤) (١) .

---

(١) وقد أعطيت خصائص السلطة العامة الثلاث المذكورة فى هذا النص بقرار رئيس الجمهورية الصادر فى ١٩ فبراير سنة ١٩٥٧ باعتبار الجمعيات الاتية ذات نفع عام : اللجنة العليا لمعونة الشتاء وفروعها ، وجمعية الهلال الاحمر المصرى بالقاهرة وبالاسكندرية ، وجمعية الاسعاف =

٢ — سلطة الادارة فى الاشراف على الجمعيات ذات الصفة العامة :

اذا كانت الجمعيات ذات الصفة العامة تتمتع بعض مزايا واختصاصات السلطة العامة ، فيجب أن يقابل ذلك خضوعها لاشراف ورقابة ادارية أشد من سائر الجمعيات العادية . ولذلك أعطى المشرع لجهة الادارة المختصة — وهى المحافظ (١) — الرقابة على تشكيل مجالس ادارة هذه الجمعيات وهيئاتها التنفيذية ، باستبعاد من ترى استبعاده من المرشحين لانتخاباتها(٢)، والاشراف على هذه الانتخابات ، والغاء الانتخاب (٣) الذى يقع مخالفا لنظام الجمعية أو للقانون (م ٥٥) .

§ ٢ — مجموعات الاموال

٣٤١ — تمهيد وتقسيم

يقصد بمجموعات الاموال تلك الاشخاص الاعتبارية التى تتألف من أموال مرصودة على تحقيق غرض معين . وقد كانت الاوقاف الى قريب هى الصورة الوحيدة التقليدية فى مصر لمثل هذا النوع من الاشخاص الاعتبارية ، اذ حجب

= العام الاهلية فى جميع أنحاء الجمهورية ، والجمعية العامة لمكافحة الدرن بالقاهرة ، والجمعية النسائية لتحسين الصحة ، وجمعية المبرة وفروعها ، والجمعية الخيرية الاسلامية بالقاهرة ، وجمعية المواساة الاسلامية بالقاهرة ، ورابطة الاصلاح الاجتماعى بالقاهرة ، وجمعية المؤاساة الاسلامية بالاسكندرية ، وجمعية العروة الوثقى بالاسكندرية ، ومبرة الاسكندرية ، وجمعية الحرية لرعاية الطفولة باسكندرية ، وجمعية أولادى بالمعادى (النشرة التشريعية ، فبراير سنة ١٩٥٧ ، ص ٣٦٣) . وصدر كذلك قرار ثان من رئيس الجمهورية فى ٢ نوفمبر سنة ١٩٥٧ باعتبار سبع وستين جمعية أخرى جمعيات ذات نفع عام ، وفوض وزير الشئون الاجتماعية فى أن يعين — بقرار منه — ما تتمتع به هذه الجمعيات من اختصاصات السلطة العامة (النشرة التشريعية ، نوفمبر سنة ١٩٥٧ ، ص ١٩٢٧) . ثم كذلك قرار رئيس الجمهورية رقم ٩٧٦ لسنة ١٩٦٠ باعتبار ثلاث جمعيات من الجمعيات ذات النفع العام ومن بينها الهيئة العليا لسباق الخيل بالقاهرة ، وخول وزير الشئون الاجتماعية سلطة تعيين ما تمتع به هذه الجمعيات من اختصاصات السلطة العامة .

(١) م ٤٤/ ج من اللائحة التنفيذية ، معدلة بالقرار رقم ٢٢٢٢ لسنة ١٩٦٧

(٢) يجب ابلاغ الجهة الادارية المختصة بأسماء المرشحين قبل موعد اجراء الانتخاب بثلاثين يوما على الاقل . ولهذه الجهة استبعاد من تراه وابلاغ ذلك الى الجمعية قبل موعد الانتخاب بسبعة أيام ، والا أعتبر سكوتها عن عدم الاعتراض خلال هذه المهلة موافقة منها على الترشيح (م ٥٥) .

(٣) يتم الالغاء بقرار مسبب تصدره الجهة الادارية المختصة خلال خمسة عشر يوما من ابلاغها بمحضر الانتخاب (م ٥٥ / ٢) .

انتشار الوقف فى مصر وتأصله فيها منذ قديم ، كنظام تقليدى مستقر ، واخر طويلا ظهور صـــور اخرى الى جواره من مجموعات الامـــوال ذات الشخصية الاعتبارية . غير أن ما أحاط نظام الوقف فى العمل من جمـــود وما اتسمت به ادارته من فساد ، صرف كثيرا من الناس — فى تحقيق ما يريدون من أغراض البر — عن سلوك طريق الوقف ، واضطرهم — لذلك ولعدم اتساع صورة الوقف لبعض أغراض النفع العام التى لا تحمل معنى البر (١) — الى سلوك طرق غير مباشرة كالهبة للحكومة أو طرق غير مناسبة كانشاء جمعيات لتحقيق هـــذه الاغراض . من أجل ذلك لم يجـــد المشرع المصرى بدا من انشاء صورة جديدة من صـــور مجموعات الاموال ذات الشخصية الاعتبارية الى جوار الوقف ، واختار لذلك الصـــورة المعروفة والمنتشرة فى كثير من الشرائع الحديثة وهى صورة « المؤسسة » .

(١) الاوقاف

٣٤٢ — شخصية الوقف الاعتبارية

الوقف هو حبس العين عن التصرف أو عن التمليك لاحد من العبـــاد ورصد منفعتها — على ســـبيل التأقيت أو التأبيد — على جهة من جهـــات البر ابتداء أو انتهاء . وقد تأصل نظام الوقف فى الفقه الاسلامى ، وشاع الالتجاء اليه منذ اول العهد الاسلامى فى البلاد الاسلامية وفى مصر منهـــا خاصة ، لمـــا يحمله من معنى التصدق المندوب اليه ديانة .

وقد كان ثبوت الشخصية الاعتبارية للوقف محل شك ، امام عدم وجود نص صريح أول الامر فى القانون المصرى ، وأمام افتقاد نظرية للشخصية

---

(١) كمشروع القرش (أنظر فى امتناع اخراجه مخرج الوقف : سليمان مرقس ، المرجع السابق ، فقرة ٢٣٠ ، ص ٣٦٢) .

الاعتبارية فى الفقه الاسلامى . ولكن الواقع أن هذا الفقه يحتوى على بعض احكام فرعية لا يمكن حملها الا على محمل الاعتراف لبعض الجهات بصلاحية وجوب الحقوق والالتزامات ، مما يعنى وجود أساس صالح لفكرة الشخصية الاعتبارية فى هذا الفقه (١) . وفضلا عن ذلك ، ففى أحكام الوقف الفرعية خاصة ما يؤكد صلاحيته — فى نظر الفقه الاسلامى — للوجوب له وعليه ويثبت له الذمة أو الشخصية ، اذ ثابت له — بمقتضى هذهالاحكام — انفصاله واستقلاله عن شخصية الواقف وشخصية الناظر وشخصيات المستحقين ، واسناد الالتزامات والحقوق اليه بذاته لا الى احـــد من هؤلاء ، كتحمله بالدين فى أحوال الاستدانة الصحيحة ، وحقه فى الضمان عن استهلاك ماله أو اغتصاب أعيانه ، وحقه فى ملكية ما يشترى من فائض غلته(٢) .

ولذلك لم يكن غريبا أن يستقر القضاء المصرى على اعتبار الوقف شخصا من الاشـــخاص الاعتبارية (٣) ، وأن يعتبر ناظره نائبـــا عن الوقف لا عن المستحقين . وقد أحسن المشرع المصرى من بعد باقرار هذا الاتجاه المحمود الذى يتفق وحقيقة الواقع من نظرة الفقه الاسلامى الى الوقف ، اذ نص صراحة فى التقنين المدنى الحالى على احتساب الاوقاف من طوائف الاشخاص الاعتبارية (م ٣/٥٢) .

ويخضع الوقف فى تنظيمه وأحكامه أساسا للقانون رقم ٤٨ لســـنة ١٩٤٦ والقوانين المعدلة له ، وللراجح من مذهب أبى حنيفة فيما لا تعرض له هذه القوانين من مسائل . وليس هذا مجال عرض أحكام الوقف ، فانما

---

(١) أنظر فى ذلك :

محمد فرج السنهورى ، مجموعة القوانين المصرية المختارة من الفقه الاسلامى ، ج ٣ ، قانون الوقف ، فقرة ٥٥٥ ، ص ٨٢٣ . — وكتابنا سالف الذكر ، ص ٨٦٤ و ٨٦٥ .

(٢) أنظر فى تأكيد الشخصية الاعتبارية للوقف فى نظر الفقـــه الاســـلامى : محمـــد فرج السنهورى ، المرجع السابق ، فقرة ٥٥٦ ، ص ٨٢٤ و ٨٢٥ .

(٣) السيدة زينب الجزئية ، ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٠ ، المجموعة الرسمية ٢٣ ، رقم ١١٥ ص ١٧٦ . — استئناف مصر ، ٢٥ يوليه سنة ١٩٢٢ ، المحاماة ٤٨٣/١٦٢/٢ . — استئناف مختلط ، ٥ فبراير سنة ١٩٢٤ ، المحاماة ٤٧١/٤٠٠/٥ . — نقض ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ ، مجموعة عمر ، ج ١ ، رقم ١٧٥ ، ص ٣٧٠ .

يعنينا الكلام فيه فى هذا المقام بوصفه شخصا اعتباريا . وتبدأ شخصيته الاعتبارية بتمام نشوئه وتكوينه وفق أحكام القانون ، اذ هو من طوائف الاشخاص الاعتبارية التى يغنى الاعتراف العام فى شأنها دون تطلب اعتراف خاص ، ويتم نشوء الوقف وتكوينه باشهاد لدى المحكمة (١) وقيـــده فى دفاترهـــا .

وتنتهى شخصية الوقف انتهاء طبيعيا بانتهـــاء المدة المعينة له ان كان مؤقتا ، أو بانقراض الموقوف عليهم (م ١٦ من قانون الوقف) . ويعـــود الوقف ملكا للواقف اذا كان حيا ، والا فلورثته الموجودين وقت وفاته ، والا كان للخزانة العامة (م ١٧) . وتنهى هذه الشخصية بحكم من المحكمة — بناء على طلب ذوى الشأن — اذا تخربت أعيان الوقف كلها أو بعضها ، ولم يمكن عمـــارة المتخرب أو الاستبدال بـــه على وجـــه يكفل للمستحقين نصيبا فى الغـــلة غير ضئيل ولا يضرهم بسبب حرمانهم من الغلة وقتـــا طويلا (٢) ، ويصير ما انتهى فيه الوقف ملـــكا للواقف ان كان حيا ، والا فلمستحقه وقت الحكم بانهائه (م ١٨) .

٣٤٣ — مصير نظام الوقف

اذا كان نظام الوقف قد رسخت أقدامه وشاع العمل به فى مصر منذ قرون عديدة ، الا أن تطور الاوضاع الاقتصادية فى العصر الحديث قـــد كشف عن جمود هذا النظام بعرقلته تداول الاموال واستغلالها على النحو المثمر المفيد ، مما انعكس معه القصد منه فتضاءلت ثمراته على نحو جعل نصيب الفقراء والمستحقين فيه تافها عديم الجدوى ، فضلا عما كان لسوء ادارته من يد طولى فى تخريب أعيانه ونهب ثمراته وتضييع أغراضه . من أجل ذلك ، عمت الشكوى من سوء حال الاوقاف ، وارتفعت الدعوة الى

---

(١) اذا كان الموقوف عقارا ، فيجب تسجيل الاشهاد المذكور فى سجلات الشهر العقارى .

(٢) وكذلك يمكن — بقرار من المحكمة — انهاء الوقف جزئيا فى نصيب أى مستحق يصبح ما يأخذه من الغلة ضئيلا (م ١٨) .

انهائها وحلها . وقد وجد المشرع المصرى ، فى صدور قانون الاصلاح الزراعى المحدد لملكية الاراضى الزراعية بما لا يزيد على نصاب معين ، فرصة سانحة للتدخل تدخلا حاسما — وان كان جزئيا — بالبتر بعد أن استعصى العلاج ، فقضى بالغاء الوقف على غير الخيرات وهو المعروف بالوقف الاهلى بالمرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ .

وبذلك انكمش وضاق نطاق الوقف الى حد الانحصار فى الوقف الخيرى وحده الذى يكون مصرفه فى الحال خالصا لجهة من جهات البر . وفى شأن هذا الوقف ، تدخل المشرع كذلك للتوقى من مساوىء ادارته المزمنة ومن جمود نظامه ، فجعل الولاية عليه لوزارة الاوقاف ما لم يشترط الواقف النظر لنفسه (١) ، واجاز لوزير الاوقاف — بموافقة مجلس الاوقاف الاعلى واجازة المحكمة — اهدار شرط الواقف وصرف ريع الوقف كله او بعضه على جهة بر اخرى تكون أولى من الجهة التى عينها الواقف (٢) . واذا كانت هذه الاحكام تستجيب لدواعى الاصلاح والعلاج الواجبة ، فيبدو انها تكاد تحمل الافراد على الاحجام عن سلوك طريق الوقف وتكاد تقضى بالتالى على البقية الباقية منه (٣) ، وبخاصة بعد استحداث القانون المصرى نظام المؤسسات الخاصة .

(٢) المؤسسات الخاصة

٣٤٤ — تمهيد

سبق أن أشرنا الى ان قيام نظام الوقف واستقراره فى مصر منذ بعيد كان سببا فى تأخير ظهور نظام المؤسسات الخاصة فيها . فلم يتم ادخال صورة المؤسسة الا على يد التقنين المدنى الحالى الذى عنى بتنظيم أحكامها

---

(١) م ٢ من القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ ، المعدلة بالقانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ .

(٢) المادة الاولى من القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ .

(٣) محمد مصطفى شلبى ، الوقف والوصية بين الفقه والقانون ، ١٩٥٨ ، ص ١٢٥ و ١٢٦

فى المواد من ٦٩ الى ٧٨ منه . وقد رأى المشرع من بعد ــ بمناسبة اعادة تنظيم وجمع أحكام الجمعيات ــ أن يعيد تنظيم احـكام المؤسسات كذلك ، فأصدر القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦ جامعا لاحكام الجمعيات والمؤسسات التى سماها « المؤسسات الخاصة » تمييزا لها عن « المؤسسا تالعامة »، وناسخا بذلك ما كان يحكمها من مواد التقنين المدنى . وقد تم أخيرا الغاء هذا القانون واحلال القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٤٤ محله ، وهو الذى نعرض لاحكامه فى تنظيم المؤسسات الخاصة فيما يلى :

٣٤٥ ــ مقومات المؤسسة الخاصة

المؤسسة الخاصة شخصاعتبارى ينشأ بتخصيص مال مدة غيرمعينة لعمل ذى صفة انسانية أو دينية أو علمية أو فنية أو رياضية ، أو لأى عمل آخر من أعمال البر والرعاية الاجتماعية و النفع العام ، دون قصد الى ربح مادى (م ٦٩) . ومن هذا التعريف ، تتبين أركان ومقومات المؤسسة الخاصة الاتية :

١ ــ تقوم المؤسسة أساسا على مال او مجموعة من الاموال كالوقف ، وليس على تجمع جماعة من الاشخاص كالشركة او الجمعية . فقد يكون منشئوها واحدا ، وقد يكون لها منشئون عدة ومع ذلك فهم لا يدخلون فى تكوينها كأعضاء فيها بل ينتهى دورهم برصد ما يخصصون من مال أو أموال على تحقيق الغرض المقصود .

٢ ــ تستهدف المؤسسة تحقيق غرض من اغراض البر أو الرعـاية الاجتماعية أو النفع العام ، دون أى قصد الى تحقيق ربح مادى . وبذلك تتميز المؤسسة أساسا عن الشركة التى تستهدف الربح المادى . واذا كانت المؤسسة تتفق وتشترك مع الجمعية فى استبعاد استهداف تحقيق الربح ، الا أنهما يفترقان مع ذلك فى نوع ما يصلحان لتحقيقه من اغراض ، اذ لا تصلح المؤسسة الا لتحقيق أغراض ومصالح عامة ، بينما تصلح الجمعية لتحقيق اغراض ومصالح عامة أو خاصة على السواء . واذا كانت المؤسسة كذلك

تتفق مع الوقف — منذ الغاء الوقف الاهلى (١) — فى استهداف تحقيق غرض عام من أغراض البر ، الا أن اغراض المؤسسة تجاوز بعد ذلك غرض الوقف ، لانها تتسع لتحقيق النفع العام الذى قد لا يحمل معنى تحقيق البر.

٣ — تنشأ المؤسسة لمدة غير معينة ، فلا يجوز تحديدها بمدة مؤقتة معلومة ، وهى فى ذلك تختلف عن الوقف الذى يجوز أن يكون مؤقتا او مؤبدا.

٣٤٦ — انشاء المؤسسة الخاصة وبدء شخصيتها

يتحقق انشاء المؤسسة بارادة منشئها اذا كان واحدا أو منشئيها اذا كانوا عدة ، سواء كان انشاء حالا توجد به المؤسسة فى حياته أو حياتهم ، أو كان مضافا الى مابعد الموت لا توجد به الا بعد وفاته أو وفاتهم . ويتطلب المشرع أن يتم الانشاء بسند رسمى اذا كان حالا ، واذا كان مضافا الى ما بعد الموت فيتم عن طريق الوصية دون اشتراط رسميتها ، اذ ينص على أن « يكون انشاء المؤسسة بسند رسمى او وصية » (م ١/٧٠) .

ويعتبر انشاء المؤسسة ، بالنسبة الى دائنى المنشىء وورثته ، تصرفا على سبيل التبرع من جانب المنشىء (٢) ، فيخضع لما يخضع له هذا النوع من التصرفات من أحكام (٣) .

---

(١) كان من شأن وجود الوقف الاهلى امكان تحقيق غرض خاص لا تتسع له المؤسسة ، كرصد الشخص مالا على تعليم افراد أسرته . أما اليوم وبعد أن ألغى الوقف الاهلى ، فلا يتأتى اعطاء هذا المال الشخصية الاعتبارية الا عن طريق اعتراف خاص من المشرع (أنظر : اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، ص ٢٢٨) ، أو بسلوك طريق غير مباشر بتكوين جمعية ، وهو غير متيسر فى كل الاحوال .

(٢) ينص المشرع على أن « يعتبر انشاء المؤسسة بالنسبة الى دائنى المنشىء وورثته بمثابة هبة أو وصية ... » (م ٧١) . ولكن من الواضح أنه غير صحيح وصف انشاء المؤسسة بأنه هبة لان الهبة عقد يتطلب الايجاب والقبول ، ولا يتصور القبول من المؤسسة التى لم تنشأ بعد ، بل ولا حاجة للقبول لنشوء المؤسسة اذ تكفى لذلك ارادة المنشىء وحده (أنظر : عبد الحى حجازى ، ص ١٨٩ و ١٩٠ . — اسماعيل غانم ، السابق ، ص ٢٤٩) .

(٣) فيجوز لدائنيه الطعن فى هذا التصرف ومنع نفاذه فى حقهم اذا توافرت شرائط الدعوى البوليصة (م ٢٣٨ مدنى) . ولا ينفذ هذا التصرف فى حق الورثة — اذا كان وصية أو فى حكمها — فيما زاد على ثلث التركة الا باجازتهم .

ويعتبر السند الرسمى او الوصية بانشاء المؤسسة دستورها ، ولذلك يجب ان يشتمل على البيانات الاساسية المتعلقة بها وهى : اسم المؤسسة وميدان نشاطها ونطاق عملها الجغرافى ، ومركز ادارتها على أن يكون هذا المركز فى الجمهورية العربية المتحدة ، والغرض من انشائها ، وبيان للاموال المخصصة له ، ونظام ادارة المؤسسة بما فى ذلك اسم مديرها (م ٢/٧٠). وفضلا عن ذلك يجب أن يشتمل سند المؤسسة على البيانات الاخرى التى يصدر بتعيينها قرار من الجهة الادارية المختصة (م ٣/٧٠) .

واذا كان انشاء المؤسسة يتم من جانب المنشىء وبارادته وحده ، فمقتضى ذلك فى الاصل امكان رجوعه فى هذا الانشاء . وظاهر ان الانشاء اذا كان بوصية ، فمقتضى القواعد العامة — باعتبار الوصية غير ملزمة للموصى الا بموته — امكان رجوع المنشىء عن المؤسسة فى أى وقت قبل موته (١) ، فلا توجد المؤسسة الموصى بها اذن الا بموت منشئها مصرا عليها . أما اذا كان انشاء المؤسسة حالا بسند رسمى ، فيجوز لمنشئها العدول عنها بسند رسمى آخر بشرط أن يتم هذا العدول قبل شهر المؤسسة (م ٧٢) .

وكما هو الشأن فى الجمعيات لا تثبت الشخصية للمؤسسة الا بشهر نظامها (م ٧٣) وابتداء من هذا الشهر ، وذلك فى مواجهة الكافة . ويتم شهر المؤسسة ، بناء على طلب منشئها او اول مدير لها أو الجهة الادارية المختصة بالاشراف على المؤسسة ، طبقا للاحكام المقررة لشهر الجمعيات (م ٧٤) .

وقد كان المشرع فى التقنين المدنى يجعل انشاء المؤسسة فى الاصل حرا

---

(١) فى هذا المعنى :

سليمان مرقس ، ص ١٧٦ و ١٧٧ . — شمس الدين الوكيل ، ص ١٣٣ . جميل الشرقاوى ص ١٧٦ و ١٧٧ . — اسماعيل غانم ، ص ٢٤٩ . — عبد المنعم البدراوى ، ص ٧٢٧ .

وقارن مع ذلك :

شفيق شحاته ، هامش ص ١٣٧ . — عبد الحى حجازى ، ص ١٨٩ . — محمد سامى مدكور ، ص ١٥٦ .

دون رقابة ابتدائية عليه من قبل الدولة أو السلطة التنفيذية فيها بوجه اخص . ولكنه عدل من بعد عن ذلك ، فأخضع الانشاء لمثل هذه الرقابة (١)، اذ نص على أن « للجهة الادارية المختصة ، بعد أخذ رأى الاتحاد ، الاعتراض على انشاء المؤسسات » (م ٧٥) . ولكنه أحسن بتحديد الاسباب المبررة للاعتراض على انشاء المؤسسة ، حتى لا تنقلب سلطة الاعتراض الى سلطة تحكمية من جانب الجهة الادارية ، وحتى يمكن للقضاء الادارى مراقبة قرارات الاعتراض للتأكد من سلامتها ومشروعيتها ، اذ نص على أن «لمجلس المحافظة بعد أخذ رأى الاتحاد المختص الاعتراض على انشاء المؤسسات اذا تبين أنها تسعى الى أغراض لا تدخل فى نطاق أوجه النشاط الاكثر حاجة الى الرعاية بالنسبة الى منطقة عملها أو لا تدخل فى نطاق ميادين الخدمة الوارد بيانها بهذه اللائحة » (م ١/٣٥ من اللائحة التنفيذية لقانون الجمعيات والمؤسسات الخاصة) ، وذلك تفاديا لبعثرة الجهود وتخيرا للاصلح والاحوج لكل منطقة .

٣٤٧ — مدى شخصية المؤسسة الخاصة ونشاطها

(١) قيود أهلية وجوب المؤسسة : واضح ان المؤسسة تتقيد أهلية وجوبها بما تتقيد به أهلية وجوب الشخص الاعتبارى بوجه عام ، فلا تثبت لها الحقوق والالتزامات الملازمة لصفة الانسان الطبيعية ، ويقتصر ما يسند اليها من حقوق والتزامات على المتعلق منها بغرضها المحدد فحسب دون غيره من الاغراض خضوعا لمبدأ التخصص الذى سبقت الاشارة اليه .

وفضلا عن هذه القيود العامة التى تحد من اهلية وجوب المؤسسات والاشخاص الاعتبارية بوجه عام ، خص المشرع المؤسسات الخاصة كذلك بقيد خاص ، اذ نص على أنه « لا يجوز للمؤسسة قبول الوصايا أو الهبات

---

(١) أنظر فى موقف التشريعات المختلفة وتراوحها بين مبدأ حرية انشاء المؤسسات ومبدأ رقابته :

Travaux de la semaine internationale de droit. Paris, 1937, t. III, les fondations.

الا باذن من الجهة الادارية المختصة » (م ٧٨) ، وذلك لضمان عدم انطواء مثل هذه الوصايا والهبات على شروط متعارضة مع غرض المؤسسة الاصلى او من شأنها اخراج المؤسسة عن هذا الغرض .

ولكن لا يرد على أهلية وجوب المؤسسات — كما سبق البيان — مثل ما يرد على اهلية وجوب الجمعيات من حظر تملك العقارات أو اكتساب حقوق عليها الا بالقدر الضرورى لتحقيق غرضها . فتستطيع المؤسسات اذن أن تتملك أو تكتسب حقوقا على عقارات ولو جاوزت فى ذلك هذا القدر الضرورى .

(٢) نشاط المؤسسة ورقابته : اذا كانت أهلية وجوب المؤسسة تتقيد بمبدأ التخصص ، فهى تتقيد به كذلك فى شأن نشاطها ككل شخص اعتبارى، فيجب عليها التزام حدود غرضها المحدد فيما تقوم به من نشاط ، دون أن تملك الخروج عليه بنشاط يحقق أساسا غرضا أو أغراضا أخرى . ويتولى نشاطها مدير يقوم بادارتها وتمثيلها فيما لها من حقوق وما عليها من واجبات (م ٧٦) .

وضمانا لالتزام المؤسسة فى نشاطها أحكام القانون وأحكام نظامها وكفالة لحسن ادارتها وتحقيق ما يستهدفه وجودها من غرض ، جعل القانون للادارة سلطات واختصاصات واسعة فى رقابتها وفى تعديل نظامها على السواء (م ٧٥) (١) .

١ — ففيما يتعلق بالرقابة ، أعطى القانون الجهة الادارة المختصة سلطات رئيسية ثلاث هى :

(أ) لجهة الادارة المختصة — وهىمديرية الشئون الاجتماعية المختصة(٢) — سلطة الاعتراض على اى تصرف مالى — يجريه مدير المؤسسة أو مجلس

---

(١) وذلك على خلاف ما كان يقرره التقنين المدنى (م ٧٦) من اعطاء هذه السلطات والاختصاصات للمحكمة بناء على طلب تقدمه جهة الادارة المختصة .

(٢) م ٤٤/و من اللائحة التنفيذية للجمعيات والمؤسسات الخاصة ، معدلة بالقرار رقم ٢٢٢٢ لسنة ١٩٦٧ .

ادارتها خلال شهر من تاريخ اخطارها به(١) . فاذا لم تعترض خـلال تلك المدة ، اعتبر التصرف نافذا (م ٨٠) .

(٢) لجهة الادارة المختصة ـ والمقصود بها هنـا المحافظ(٢) ـ سلطة عزل المديرين الذين يثبت اهمالهم فى الادارة ، أو عدم تنفيذ ما فرضه عليهم القانون أو سند المؤسسة ، أو الذين يستعملون أموال المؤسسة فيما لايتفق مع أغراضها أو قصد منشئها ، أو الذين يرتكبون أى خطأ جسيم آخر ، أو لاعتبارات قومية . وتقوم هذه الجهة بتعيين من يحل محلهم فى ادارتها (م ١/٧٩) .

(٣) لجهة الادارة المختصة ـ وهى مجلس المحافظة(٣) ـ وقف تنفيذ أى قرار يصدر من الاجهزة القائمة على شئون المؤسسة يكون مخالفا للقانون أو لنظام المؤسسة أو للنظام العام أو للآداب (م ١/٣٣ و ٨١) (٤) .

وفضلا عما تقدم من سلطات الرقابة فى شأن المؤسسات عمـوما ، فلمجلس المحافظة سلطة تعيين ممثل أو اكثر لمديرية الشئون الاجتماعية فى مجلس ادارة المؤسسات التى تنشأ بمال جمع كله أو بعضـه من الجمهور (م ٢/٣٦ من اللائحة التنفيذية) .

٢ ـ **وفيما يتعلق بتعديل نظام المؤسسة** ، أعطى القانون جهـة الادارة المختصة . وهى المحافظ(٥) ـ سلطة تخفيف أو الغاء كل أو بعض الالتزامات والشروط المقررة فى سند انشائها ، اذا كان ذلك لازما للمحافظة على أموال المؤسسة أو لتحقيق الغرض من انشائها (م ٧٩) .

٣٤٨ ـ انقضـاء المؤسسة

اذا كانت الجمعية او الشركة تنقضى بالحل الاختيارى والحل الاجبارى

---

(١) يجب أن يتم الاخطار خلال أسبوع من تاريخ اجراء التصرف (م ٨٠) .

(٢) م ٤٤/ ج من اللائحة التنفيذية ، معدلة بالقرار سالف الذكر .

(٣) م ٤٤/ ب من اللائحة التنفيذية ، معدلة بالقرار سالف الذكر .

(٤) وللمؤسسة ولكل ذى شأن أن يطعن فى قرار وقف التنفيذ بغير رسـوم أمام محكمة القضاء الادارى ، وعلى المحكمة أن تقضى فى الطعن على وجه الاستعجال (م ٢/٢٣ و م ٨١ من القانون).

(٥) م ٤٤/ ج من اللائحة التنفيذية ، معدلة بالقرار سالف الذكر .

على السواء ، فواضح أنه لا يتصور انقضاء المؤسسة الا عن طريق الحل الاجبارى وحده دون الحل الاختيارى لانها مجرد مجموعة أموال وليست بجماعة أشخاص .

ويقرر القانون انه يسرى على المؤسسة من حيث حلها وتصفيتها مايسرى على الجمعيات من أحكام (م ٨١) ، ما يعنى أن مثل هذا الحل يصدر به قرار مسبب من وزير الشئون الاجتماعية بعد أخذ رأى الاتحاد المختص وذلك فى حالة عجز المؤسسة عن تحقيق أغراضها ، أو تصرفها فى أموالها فى غير الأوجه المحددة لها طبقا لاغراضها ، أو ارتكابها مخالفة جسيمة للقانون او مخالفتها النظام العام أو الاداب (م ٥٧) .

وتجرى التصفية وفق الاحكام المقررة فى سند انشاء المؤسسة ، والا وجب على الجهة الادارية — بعد أخذ رأى الاتحادات المختصة — أن تقرر توجيه اموال المؤسسة المنحلة الى الهيئة الاجتماعية التى تراها (م ٢/٦٠ وم ٨١).

الباب الثانى

محـــل الحـــق

٣٤٩ — تمهيـــد وتقسيم

اذا كان للحق صاحب هو الشخص ، فله كذلك محل . وفى هذا الصدد ينبغى اجتناب الخلط بين « محـــل الحق » وبين « مضمون الحق(١) » . فمضمون الحق هو السلطات أو المكنات التى يعطيها الحق ويخولها لصاحبه، بينما محل الحق هو ما يرد أو يقع عليه الحق — بمضمونه هذا — من شىء أو عمل . فمضمون حق الملكية مثلا هو ما يثبت للمالك من سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف ، بينا يعتبر الشىء الذى تنصب عليه هذه السلطات هو محل هذا الحق .

ومحل الحق — كما سبق البيان — قد يكون شيئا وقد يكون عملا . والمثل الرئيسى للحقوق التى محلها أشياء هو الحق العينىالذى يعطى صاحبه سلطة قانونية مباشرة على شىء مادى ، وكذلك فالحق الذهنى محله شىء منالاشياء وان كان شيئا معنويا غير مادى هو الخلق الذهنى أو الفكرى . والمثلالرئيسى للحقوق التى محلها أعمال هو الحق الشخصى أو حق الدائنية ، اذ هوسلطة للدائن فى اقتضاء عمل من جانب المدين ســـواء كان هـــذا العمل ايجابيا او سلبيا .

فنقسم الكلام فى محل الحق اذن الى فصلين :

الفصل الاول — فى الاشياء .

الفصل الثانى — فى الاعمال .

---

(١) فى هذا المعنى :
Dabin, pp. 168, 169.

الفصل الأول

الاشـــياء

٣٥٠ ــ مدلول الشىء ، وتمييزه عن المـــال :

المقصود اصلا بالشىء كل ما لا يعد شخصا ، ويكون له كيان ذاتى منفصل عن الانسان (١) سواء كان هذا الكيان ماديا يدرك بالحس أو معنويا لا يدرك الا بالتصور ، ولذلك فالشىء اما مادى أو معنوى . ومن أمثلة الاشياءالمعنوية المصنفات الفكرية والاختراعات القابلة للاستغلال الصناعى والتى يحميهـــا القانون بمنح براءات بها، والعلامات والبيانات والاسماء والعناوين التجارية، وأسماء الاشخاص الطبيعيين ، والمحل التجارى le fonds de commerce الذى ينظر اليه فى مجموعه كشىء معنوى مجرد له كيانه الذاتى المستقل عن العناصر المكونة له (٢) .

واذا كان الشىء ــ ماديا او معنويا ــ يصلح على هذا النحو محلا للحق ، فقد سبق ان راينا أنه ليس محلا لكافة انواع الحقوق وانما هو محل لبعضها دون البعض . فهو يصلح محلا للحقوق القائمة على أســـاس من روابط التسلط ، لان التسلط لا يتصور منصبا الا على الاشياء ، ولذلك يصلح الشىء محلا للحق العينى وللحق الذهنى ولبعض حقوق الشخصية كالحق فى الاسم،

---

(١) ولذلك لا تعتبر أشياء أجزاء الجسم الانسانى وأعضاؤه طالمـــا لم تنفصل عنه . فاذا انفصلت عنه واصبح لها كيان ذاتى مستقل ، أمكن النظر اليها حينئذ بوصفها أشياء ومحلا للحقوق (أنظر سابقا ، متن وهامش «١»ص ٤٣١ .

(٢) والنظر الى « المحل التجارى » كمجموع مستقل عن عناصره ، مرده الى تخصيص هذه العناصر بغرض مشترك وتجمعها حول تحقيق هـــذا الغرض . ويؤدى ذلك الى اخضـــاع « المحل التجارى » كمجموع معنوى لنظام قانونى مستقل ومختلف عن النظام القانونى الذى يخضع له كل عنصر من عناصره على حدة ، والى اعتباره فى مجموعه كذلك محلا لتصرفات قانونية كالبيع والرهن والايجار (أنظر فى عناصر المحل التجارى وأحكامه : مصطفى كمال طه ، ج ١ ، فقرة ٧٦٢ وما بعدها) .

ومع مراعاة أن محل الحق العينى هو الشىء المادى ، ومحل الحق الذهنى والحق فى الاسم هو الشىء المعنوى . أما الحقوق التى تقوم على أساس من روابط الاقتضاء ، كحق الدائنية ، فمحلها هو العمل لا الشىء ، حتى ولو كان الغرض من اقتضاء العمل هو الحصول على شىء من الاشياء .

وينبغى عدم الخلط بين « الشىء » و « المال » . ذلك أن « المال » يقصد به الدلالة على الحق ذى القيمة المالية(١)،أيا كان نوعه ، وأيا كان محله شيئا أو عملا ، وبذلك يعتبر مالا الحق العينى والحق الذهنى فى وجهه المالى وحق الدائنية . أما « الشىء » ، فيقصد به الدلالة على ما يصلح محلا مباشرا للحقوق التى تخول التسلط أوموضوعا لمحل الحقوق التى تخول الاقتضاء(٢).

٣٥١ — الاشياء المــادية ، مقوماتها وتقسيماتها

قلنا ان الشىء المادى هو محل الحق العينى . ولكن ليست كل الاشياء المادية محلا صالحا للحق العينى ، بل ينبغى — لصلاحيتها لذلك — أن تكون غير خارجة عن دائرة التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون (م ١/٨١ مدنى). وهى تكون غير خارجة عن دائرة التعامل بطبيعتها اذا كانت قابلة للحيازة والاحراز على سبيل الاستئثار والانفراد (م ٢/٨١ مدنى) . أما الاشياء التى لا تقبل الاستئثار بحيازتها — كالمياه فى البحار ، وأشعة الشمس وضوء القمر فى الكون ، والهواء فى الجو — فتعتبر ، رغم ماديتها ، خارجة عن التعامل بطبيعتها ولا تصلح محلا للحق العينى . غير أن هذه الاشياء اذا انفصلت أجزاء منها عن أصلها ومحل وجودها وأمكن بذلك احرازهاوحيازتها، تصبح قابلة لان تكون محلا للحق العينى ، مثل كمية من الهواء تضغط فى وعاء أو كمية من ماء البحر تحجز فى اناء .

---

(١) المذكرة الايضاحية لمشروع التقنين المدنى المصرى الحالى ، مجموعة الاعمال التحضيرية، ج ١ ، ص ٤٥٧ .

(٢) وقد بصر المشرع المصرى بهذا التمييز الاساسى بين الشىء والمال ، فأورد فى الفصل الثالث من الباب التمهيدى للتقنين المدنى الحالى تقسيمات للاشياء وأخرى للاموال ، ونص — فى مجال المقابلة بين الاشياء والاموال — على اعتبار الاولى محلا للثانية (م ١/٨١) .

وقد تكون الاشياء المادية قابلة بحسب طبيعتها للحيازة والاحراز على سبيل الاستئثار والانفراد ، ومع ذلك لا تصلح محلا للحق العينى،اذا اعتبرها القانون حكما غير قابلة للاحراز بتحريمه حيازتها والتعامل فيها (١) كالمخدرات بأنواعها (٢) .

وتقسم الاشياء المادية تقسيمات عدة ، فى طليعتها من حيث الاهمية التقسيم الرئيسى الى عقارات ومنقولات ، والى جواره يوجد تقسيمان آخران للأشياء الى قابلة وغير قابلة للاستهلاك والى مثلية وقيمية . فنبحث فيما يلى بايجاز(٣) كل تقسيم منها فى مبحث على حدة .

المبحث الاول
العقارات والمنقولات

٣٥٢ — أساس التقسيم ، وأهميته :

تقسم الأشياء من حيث ثباتها أو عدم ثباتها الى عقارات ومنقولات . وقد عنى القانون المصرى بالنص على هذا التقسيم بقوله « كل شىء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار ، وكل ما عدا ذلك من شىء فهو منقول » (م ١/٨٢ مدنى) . وهذا التقسيم على هذا النحو تقسيم

---

(١) أنظر فيما يذهب اليه بعض الفقهاء من اعتبار الاشياء أو الاموال العامة خارجة عن التعامل بحكم القانون ، وفى مناقشة ذلك ورفضه : كتابنا الحقوق العينية الاصلية ج ١ ، أحكام حق الملكية ، الطبعة الثانية ، ١٩٦٥ ، ص ٥٨ و ٥٩ .

(٢) ولا يغير من ذلك اجازة التعامل استثناء فى هذه الاشياء ، كأجازة بيع المخدرات لاغراض طبية (المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى الحالى ، مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٤٦٠) .

(٣) أما تفصيل هذه التقسيمات فمجاله عند دراسة الحقوق العينية ، اذ هى تقسيمات للاشياء المادية باعتبارها محلا للحق العينى . وهذا ما جرينا عليه عند دراسة الحقوق العينية الاصلية ، اذ عرضنا بالتفصيل لهذه التقسيمات (راجع فى ذلك : كتابنا فى أحكام حق الملكية سالف الذكر ، فقرات ٢٣ — ٤٠ ، ص ٦٨ — ١٢١ . — عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٨ ، فقرات ٣ — ٤٢ ، ص ١٠ — ٩٠) .

طبيعى يصدر عن اختلاف الطبيعة المادية للاشياء (١) وثبات البعض منهـا واستقراره فى مكانه وتحرك البعض الآخر او قابليته للحركة ، مما يسوغ اختلاف القواعد والنظم التى تحكم النوعين من الاشياء . ولذلك فان لهذا التقسيم اهمية كبيرة نعرض لبعض أوجهها البارزة فيما يلى :

١ ــ كان من الحتم ، أمام ثبات العقارات واستقرارها ، ضرورة اخضاع التصرفات القانونية التى من شأنها انشاء أو نقل او زوال حقوق عينية عليها أو الاحتجاج بها على الغير لاجراءات شهر معينة ، بحيث لا يتم شىء من ذلك الا باتمام هذه الاجراءات (٢) . أما مثل هذه التصرفات الواردة علىمنقولات، فمن العسير تصور اخضاعها لنظم شهر مماثلة أمام طبيعة المنقولاتالمتحركة غير المستقرة وسرعة تداولها بين الأيدى.وعلى ذلك ، فبينما تنتقل الملكية فى المنقولات المعينة بالذات بمجرد التعاقد ، لا تنتقل الملكية فى العقارات الا بالتسجيل .

٢ ــ ما دامت لا توجد اجراءات معينة تجعل تقرير الحقوق العينية على المنقولات أمرا مشهرا معلوما للكافة كما هى الحال فى العقارات ، ونظرا لسرعة تداول المنقولات فى الايدى سرعة فائقة ، لم يكن بد من اعتبـار الحيازة فى المنقول سندا للحائز فيما يدعيه من حق عليه وقرينة على توافر السبب الصحيح لحيازته . بينما الامر يختلف عن ذلك فى العقارات نظـرا لامكان التثبت من الحقوق العينية المقررة عليها بالكشف عن ذلك فى دفاتر التسجيل أو القيد ، ولذلك لا يكون لحيازة العقار من الأثر القانونى ما لحيازة المنقول ، بل يقع على الحائز دائما عبء اثبات السبب الصحيح لهذه الحيازة

---

(١) أنظر فى ذلك وفى رفض الاساس الاقتصادى للتقسيم الذى ينظر الى العقارات باعتبارها الاشياء ذات القيمة والمنقولات هى الاشياء الحقيرة أو التافهة القيمة : كتابنا أحكام حق الملكية سالف الذكر ، فقرة ٢٣ ، ص ٦٩ و ٧٠ .

(٢) هذه الاجراءات هى التسجيل اذا تعلق الامر بحقوق عينية أصلية ، والقيد فى شأن الحقوق العينية التبعية (م ٩ و ١٢ من قانون الشهر العقارى) .

حتى يثبت حقه بمدة التقادم القصيرة وهى خمس سنين ، والا لم يثبت له هذا الحق الا بالمدة الطويلة وهى خمس عشرة سنة .

٣ — اذا كان الحق العينى يخول صاحبه سلطة او حق تتبع الشيء فى اى يد يوجد ، الا ان ذلك ليس بالمبدأ المطلق ، اذ يختلف الامر فى شأنه باختلاف طبيعة هذا الشيء وهل هو عقار أو منقول . فالمبدأ مطلق فيما يتعلق بالعقار . ولكنه معطل كقاعدة عامة فى المنقول حيث تعتبر الحيازة فيه سندا للحائز يتمكن بمقتضاه من دفع كل تعرض له من قبل الغير .

وامتناع تتبع المنقولات دون العقارات يسمح بترتيب حقوق عينية تبعية على العقارات يستغنى فيها عن حيازتها اكتفاء بامكان تتبعها ، كما هو الشأن فى الرهن الرسمى وحق الاختصاص . بينما يحتاج الامر عادة فىترتيب حقوق عينية تبعية على المنقولات الى حيازة أصحاب هذه الحقوق لها خوفا من سهولة تهريبها واستحالة تتبعها من بعد تحت يد الحائز ، وهو مايتضح فى صورة الرهن الحيازى .

٤ — ما دام العقار ثابتا ومستقرا فى مكان معين ، فيكون طبيعيا أن يتحدد الاختصاص المحلى فى الدعاوى العينية العقارية خاصة على أساس هذا المكان فتكون المحكمة المختصة فى شأنها أصلا هى المحكمة الواقع فى دائرتها العقار (م ٥٠/١ مرافعات جديد) . بينما المنقول يكون من العسير تحديد محله نظرا لحركته وكثرة تداوله بين الايدى ، مما يستعصى معه اناطة الاختصاص المحلى فى الدعاوى المنقولة بهذا المحل ، ولذلك يجعل الاختصاص فى شأنها للمحكمة الواقع فى دائرتها موطن المدعى عليه (م ٤٩ مرافعات جديد) .

٥ — لا تكون الشفعة الا فى العقارات وحدها دون المنقولات (م ٩٣٥ مدنى) .

٦ — يفرق قانون المرافعات بين اجراءات الحجز على المنقول واجراءات التنفيذ على العقار ، فيجعل الاولى أكثر سرعة وأقل تعقيدا من الثانية .

٧ — يقيد القانون أهلية الجمعيات فى اكتساب الحقوق الواقعة على عقارات بالقدر الضرورى لتحقيق الغرض الذى أنشئت هذه الجمعيات من اجله ، ولا يورد عليها مثل هذا القيد فى الحقوق الواقعة على منقولات .

والأثران الاخيران ليسا الا بعض بقايا النظرة القديمة المنتقدة الى العقارات باعتبارها أرفع قيمة من المنقولات .

المطلب الاول

العقـــارات

Les Immeubles

٣٥٣ الأصـــل والاستثناء

يقصد بالعقارات الاشياء ذات الاصل الثابت الممتنعة على النقل منـــه دون تلف ، فهى اذن أشياء ثابتة أو عقارات بالطبيعة . غير أن المشرع قـــد اعتبر بعض المنقولات عقارات استثناء من طبيعتهـــا وذلك اذا خصصت لخدمة عقار أو استغلاله ، فتعتبر حينئذ عقارات بالتخصيص لا بالطبيعة . فنعرض فيما يلى بايجاز لهذين النوعين من العقارات .

٣٥٤ — العقارات بالطبيعة

تعتبر عقارات بالطبيعة (Immeubles par nature) الاشياء ذات المستقر الثابت الذى لا يمكن نقلها منه دون تلف (م ١/٨٢ مدنى) . وفى مقدمة هذه العقارات الاراضى ، سواء كانت معدة للزراعة أم للبناء . وكذلك ما يـــكون فى جوفهـــا من منـــاجم ومحاجـــر . وما يثبت على ســـطحها من نباتات أو مزروعات أو أشجار تكون جذورها ممتدة فيها ، أما النباتات التى توضع فى أوعية فلا تعتبر عقارات ، حتى ولو كانت هذه الاوعية مدفونة أو مغروسة فى الارض . وكذلك يعتبر عقارات بالطبيعة ما يقام على الارض

او فى جوفها من أبنية ثابتة مستقرة (١) ، حتى ولو كانت مملوكة لغير مالك الأرض ، أو كانت مؤقتة البقاء(٢) ، ما دام لا يمكن نقلها دون تلف يصيبها ، اما المبانى التى لا تكون مثبتة فى الارض ، بل يمكن رفعها ونقلها دون تلف فهى منقولات ، كخيام البدو ومخيمات الجوالة والكشافة والاكشاك الخشبية غير المثبتة فى الارض .

وما دامت الصفة العقارية للاشياء مناطها ثبات الاشياء واستقرارها فى الارض ، فمقتضى ذلك فقدانها هذه الصفة واعتبارها من المنقولات اذا فصلت عن الارض واصبح لها كيان مستقل غير ثابت، كأنقاض البناء المهدوم والمعادن المستخرجة من الارض ، والاحجار المقتطعة منها والنباتات والمزروعات المجنية .

٣٥٥ — العقارات بالتخصيص(٣)

(١) اساس فكرة العقار بالتخصيص : اذ كانت القاعدة أن العقار هو كل شىء مستقر بحيزه ثابت فيه بحيث لا يمكن نقله منه دون تلف ، الا أن ثم استثناء هاما يورده المشرع على هذه القاعدة ، مؤداه مخالفة طبيعة الاشياء واعطاء صفة العقار لبعض المنقولات نظرا لكونها مرصودة على خدمة عقار أو استغلاله ومخصصة لذلك ، فتعتبر — رغم طبيعتها المنقولة — عقارات بحكم القانون أو بالتخصيص . وقد نصت على ذلك المادة ٢/٨٢ من التقنين المدنى بقولها « ومع ذلك ، يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه رصدا على خدمة هذا العقار او استغلاله » .

---

(١) تعتبر الابنية من العقارات بطبيعتها فى مجموعها اى هى وكل اجزائها اللازمة والمتممة لها كالابواب بأقفالها والمصاعد والنوافذ (فى هـذا المعنى : كتابنا فى احكام حق الملكية ص ٧٦)

(٢) نقض ٣١ يناير ١٩٤٦ ، مجموعة عمر (المدنية) ، ج ٥ ، رقم ٣٦ ، ص ٩٣ .

(٣) راجع فى ذلك بخاصة :
Gulphe, L'immobilisation par destination, thèse Paris, 1943. — Planiol, Ripert et Picard, t. III, Nos. 75-88. — Beudant et Voirin, t. IV, Nos. 110 124.

كتابنا احكام حق الملكية ، فقرات ٢٧ — ٣٠ ، ص ٧٧ — ١٠١ .

وواضح أن فكرة العقار بالتخصيص (Immeuble par destination) هى مجرد افتراض أو حيلة قانونية (١) يقيمها المشرع للتوصل الى ترتيب أحكام العقار على ما يتبعه من منقولات مرصودة على خدمته أو استغلاله كفالة لاستمرار هذه الخدمة وذلك الاستغلال ، ومنعا لما قد يجره الابقـاء على طبيعتها المنقولة وخضوعها بالتالى لنظم مخالفة للنظم التى يخضع لها العقار الذى تتبعه من امكان فصلها عنه وتعطيل ما ترصد عليه من خدمته او استغلاله .

(٢) ثبوت صفة العقار بالتخصيص : يشترط لثبوت صـفة العقـار بالتخصيص أن يتحقق أولا تخصيص بعض المنقولات لخـدمة عقـار او استغلاله ، وان تكون هذه المنقولات ثانيا مملوكة لنفس مالك العقار بحيث يصدر تخصيصها منه (م ٢/٨٢ مدنى) . فنعرض فيما يلى لكل من هذين الشرطين :

١ — تخصيص منقولات بطبيعتها لخدمة أو استغلال عقار بطبيعته :

ينبغى لاعتبار المنقولات عقارات بالتخصيص أن تكون منقولات بطبيعتها وترصـد على خدمة عقـار بطبيعتـه او اسـتغلاله . وليس بشرط أن يكون تخصيص المنقولات لخدمة او استغلال العقار تخصيصا مؤبدا او دائما (٢) ، بل يكفى أن يكون ملحوظا فيه صفة الثبات والاسـتمرار . ويشترط فى التخصيص أن يكون عينيا لا شخصيا ، أى لخدمة أو استغلال عقار لا لخدمة مالكه (٣) ، فالدابة المعدة لركوب صاحب الأرض لا تعتبر

---

(١) انظر فى ذلك وفى مناقشة محاولة تأسيس « العقار بالتخصيص » على فكرة التبعية : كتابنا أحكام حق الملكية ، فقرة ٢٧ ، ص ٧٨ — ٨٠ .

(٢) فى هذا المعنى :
Planiol, Ripert et Picard, t. III, No. 84. — Gulphe, thèse précitée, No. 70.

كتابنا احكام حق الملكية ، ص ٨٢ .

(٣) Planiol, Ripert et Picard, ibid. — Beudant et Voirin, t. IV, No. 115. — Gulphe, thèse précitée, No. 72.

عقارا بالتخصيص ، بخلاف الماشية المخصصة لاستغلال الارض نفسها . ولا يشترط فى التخصيص أن يكون بالقدر الضرورى لخدمة العقار أو استغلاله (١) ، فيكفى مجرد نفعه وفائدته .

ويستوى بعد ذلك ان يكون التخصيص لخدمة عقار أو استغلاله . ومن قبيل التخصيص للخدمه ما يوضع فى دور العباده لخدمتها من سجاد ومقاعد وتماثيل وكتب مقدسة . ومن امثلة التخصيص للاستغلال : مايرصد على استغلال الارض زراعيا من آلات مختلفة ، واسمدة ، وبذور ، وحيوانات أو ماشية ، واوعية أو صناديق أو أكياس تعبأ فيها المحاصيل الزراعية ما دامت لا تباع مع هذه المحاصيل بل تبقى فى الارض . وما يرصد على استغلال المصانع من آلات وادوات التصنيع المنقولة ومن عربات وسيارات مخصصة لنقل المواد الاولية أو المواد المصنوعة ، وما يوضع فى الفنادق من اثاث ومفروشات طالما أن الابنية العقارية معدة اعدادا خاصا لاستغلالها كمصانع أو فنادق .

٢ — وحدة مالك العقار والمنقولات وصدور تخصيصها منه :

اذا تحقق تخصيص منقولات لخدمة عقار أو استغلاله ، فلا يكفى ذلك لاثبات صفة العقار بالتخصيص لهذه المنقولات ، بل يجب الى جوار ذلك أن تكون هذه المنقولات مملوكة لنفس مالك العقار بحيث يصدر تخصيصها منه . وهذا الاشتراط طبيعى ، لأن مشكلة الحاق بعض المنقولات بالعقار وربط مصيرها بمصيره واخضاعها لنفس نظامه وقواعده ، لا تثور الا حيث توجد وحدة أو مجموعة متماسكة يراد المحافظة على كيانها من التفكك والتفتت ، وهو ما يفترض وقوع عناصر هذه المجموعة — اى العقار والمنقولات المرصودة على خدمته أو استغلاله — فى

---

(١) فى هذا المعنى :

المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى الحالى ، مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ١ ، ص ٤٦٧ . — كتابنا سالف الذكر ، ص ٨٣ و ٨٤ .

وقارن : Planiol, Ripert et Picard, ibid. — Gulphe, No. 75:

ملك شخص واحد (١) ، حتى لا يتأتى فصل هذه العناصر بعضها عن بعض رغم ارادة المالك ، اذ لو كان مالك المنقولات غير مالك العقار لكان هـذا الفصـل متوقعا وطبيعيا . وعلى ذلك ، فلا تعتبر عقـارات بالتخصيص المنقـولات المملوكة لمستأجر عقـار أو صاحب حق انتفـاع عليـه رغم رصدها من جانبه على خدمته أو استغلاله ، ولا المنقولات التى يستأجرها أو يستعيرها مالك عقار ويرصدها على خدمته أو اسـتغلاله ، أو حتى يشتريها ولكن بعقد معلق نقل الملكية على الوفـاء بكامل الثمن اذا قام برصدها على هذه الخدمة أو الاستغلال من قبل تمام الوفاء .

واذا كان مشترطا وحدة مالك العقار والمنقولات المخصصة لخدمتـه أو استغلاله ، فليس مقتضى ذلك استلزام أن يكون مالك المنقولات مالكا للعقار ملكية مفرزة خالصة له وحده ، بل يعتبر شرط وحدة المالك متحققا وصفة العقار بالتخصيص ثابتة للمنقولات المملوكة مفرزة لاحـد الشركاء المشتاعين فى ملكية عقار اذا قام برصدها على خدمة أو استغلال هـذا العقار الشائع(٢) .

ولا يكفى وحدة مالك العقار والمنقولات المخصصة لخدمته او استغلاله، بل ينبغى أن يصدر التخصيص من نفس المالك أو من نائبه الذى يعـمل لحسابه . ولذلك لا تعتبر عقارات بالتخصيص الادوات الزراعية او الماشية المخصصة لاستغلال الارض ، حتى ولو كانت مملوكة لصاحب الارض ،

---

(١) فى هذا المعنى :
Planiol, Ripert et Picard, t. III, No. 80. — Beudant et Voirin, t. IV, No. 114. — Gulphe, thèse précitée, No. 62, p. 144.
كتابنا أحكام حق الملكية ، ص ٨٩ و ٩٠ .

(٢) فى هذا المعنى :
Planiol, Ripert et Picard, ibid. — كتابنا احكام حق الملكية ، ص ٩١ .
وانظر مع ذلك حكما عكسيا لمحكمة النقض فى ١٠ فبراير سنة ١٩٥٥ ، مجموعة المكتب الفنى لاحكام النقض (المدنية) ، س ٦ ، رقم ٨٤ ، ص ٦٣٩ . ولكن انظـر فى انتقاده : اسماعيل غانم ، الحقوق العينية الاصلية ، ج ١ ، حق الملكية ، ١٩٥٨ ، هامش «١» ص ١٧٠ كتابنا أحكام حق الملكية ، هامش «١» ص ٩١ — ٩٢ .

اذا كان الحاقها بالارض وتخصيصها لاستغلالها آتيا من غير المالك ، كما لو قام بذلك المستأجر او المنتفع أو الدائن المرتهن رهن حيازة ، الا اذا كان نائبا فى ذلك عن المالك .

(٣) حكم العقار بالتخصيص : اذا توافـــر الشرطان السابقان : شرط التخصيص وشرط وحدة المالك ، فان المنقول المرصود على خـــدمة او استغلال عقار يعامل معاملة العقار ، فيسوى بذلك فى الحكم بالعقار الدى رصد على خدمته أو استغلاله ، وهو ما تتحقق به الوحدة اللازمة بينهما فى المصير والحكم استجابة لما يقوم بينهما من وحدة واقعيـــــة مردها الى التخصيص(١) .

وعلى هذا النحو لا يجوز الحجز على العقـــارات بالتخصيص حجز المنقول ، ولا التنفيذ عليها منفصلة عن العقار المرصودة على خـــدمته أو استغلاله. ويشمل بيع العقار ورهنه والوصية به ـــ دون حاجة الى نص أو شرط خاص ـــ ما يلحقه من عقارات بالتخصيص مرصودة على خدمته أو استغلاله ، الا أن ينص على خلاف ذلك .

المطلب الثانى

المنقولات

Les Meubles

٣٥٦ ـــ الأصـــل والاستثناءات

اذا كان المشرع يكتفى بتعريف العقار ، ممـــــا يترك تعريف المنقول يستنبط عن طريق الاستبعاد ، فمعنى ذلك أن كل شىء لا تتوافر له صفة

---

(١) ولكن اذا كانت المنقولات المرصودة على خدمة عقار او استغلاله تأخذ حكم هذا العقار وتتبعه فى مصيره ، الا أن ذلك لا ينفى ان هذه المنقولات تظل محتفظة بذاتيتها وفرديتها ، مما يبرر فى أحوال خاصة الخروج على المبدأ العام القاضى بمعاملتها معاملة العقارات من كل الوجوه وفى مواجهة الجميع . ولذلك لا يفقد بائع المنقولات الذى لم يستوف كامل الثمن حقه عليها كمنقولات رغم قيام المشترى برصدها على خدمة أو استغلال عقاره واعطائها بذلك وصف العقار بالتخصيص (أنظر كتابنا أحكام حق الملكية ، فقرة ٢٩ ، ص ٩٤ و ٩٥) .

العقار — أى صفة الاستقرار والثبات فى حيزه — يعتبر منقولا بالطبيعة . غير أن ثم استثناءات ترد على هذا الاصل ، اذ تعتبر بعض الاشياء — خلافا لطبيعتها — منقولات بحكم القانون ، هى المنقولات بالمآل والمنقولات المعنوية .

٣٥٧ — المنقولات بالطبيعة

يقصد بالمنقولات بالطبيعة (Meubles par nature) الاشياء المادية غير الثابتة ، القابلة للنقل من مكان الى آخر دون تلف (١) . ومن أمثلتها الحيوانات ، والسيارات ، والسفن والطائرات (٢) ، وأثاث المنازل ، والكتب ، والبضائع ، والمأكولات ، والمشروبات.وقد ثار الشك حول اعتبار بعض الاشياء منقولات بالطبيعة كالغاز والكهرباء . ولكن الرأى أصبح مستقرا الان على اعتبارها منقولات بالطبيعة ، اذ هى أشياء مادية تدركها الحواس رغم أنه قد تحتويها أنابيب ثابتة لها صفة العقار . وتطبيقا لذلك يعتبر اختلاسها من قبيل السرقة التى لا تقع الا على المنقولات .

٣٥٨ — المنقولات بالمآل(٣)

يقصد بالمنقولات بالمآل (Meubles par anticipation) أشياء هى بحسب طبيعتها من العقارات ، ولكنها تأخذ حكما وافتراضا وصف المنقولات باعتبار أنها ستصير كذلك فى القريب(٤) . ومثل هذا الافتراض

---

(١) ليس الانتقال الفعلى شرطا لاعتبارها من المنقولات ، وانما يكفى مجرد قابليتها للحركة والنقل من مكانها دون تلف ولو لم تنقل منه بأن كانت معدة للبقاء فى مكان معين ، كالعائمات الراسية على ضفاف الانهار .

(٢) اذا كانت السفن والطائرات تخضع لنظام خاص متميز عن النظام الذى تخضع له المنقولات بصفة عامة لخضوعها لنظام شهر معين وامكان تتبعها مما يكاد يقربها من العقارات من هذه الوجوه ، الا أن ذلك لا يغير فى شىء من طبيعتها المنقولة .

(٣) راجع فى ذلك بصفة خاصة :
Fréjaville, Des meubles par anticipations, thèse Paris, 1927. — Beudant et Voirin, t. VI, Nos. 108 - 109. — Planiol, Ripert et Picard, t. III, Nos. 102 - 106.

كتابنا احكام حق الملكية ، نفرات ٣٣ — ٣٥ ، ص ١٠٣ — ١١٥ .

(٤) ينبغى اجتناب الخلط بين المنقولات بالمآل وبين الاشياء المستقبلة . فالمنقولات بالمآل ليست أشياء مستقبلة وانما هى أشياء موجودة متحققة ، ولكن طبيعتها القانونية وحدها هى المتأثرة بحسب ما ستؤول اليه هذه الاشياء فى المستقبل .

القانونى انما تبرره الغاية منه . ذلك أن بعض العقارات بطبيعتها تكون معدة — اما بحسب طبيعتها واما بارادة الافراد — لكى تصير منقولات بالطبيعة فى القريب ، فيكون من النافع استباق هذا المآل القريب دون انتظار حلوله واخضاعها لحكم المنقول لا لحكم العقار ، تيسيرا فى الاجراءات وتخفيفا من القيود فيما قد يرد عليها من تصرفات أو حجوز .

ومن امثلة هذه المنقولات بالمآل : الاشجار المعدة للقطع ، والمبانى المعدة للهدم ، والمحصولات الزراعية المعدة للجنى ، والمعادن أو الاحجار المعدة للاستخراج أو الاقتطاع من المناجم أو المحاجر .

(١) ثبوت صفة المنقول بالمآل : لم يضع المشرع قاعدة عامة فى شأن اعتبار بعض العقارات والمنقولات بالمآل ، ولكنه فى نصوص خاصة قليلة عامل بعض العقارات المعدة للانفصال عن أصل ثباتها واستقرارها معاملة المنقول ، لا باعتبار طبيعتها الحالية وانما باعتبار مآلها المستقبل . ومن قبيل ذلك ما ينص عليه المشرع المصرى من اتباع اجراءات حجز المنقول ، بالنسبة للثمار المتصلة والمزروعات القائمة ، ولكن مع عدم جواز هذا الحجز الا خلال مدة محددة قبل موعد نضجها (م ٣٥٤ مرافعات جديد) . ومن هذا القبيل كذلك ، أن التقنين المدنى يضع بين حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول : امتياز المبالغ المنصرفة فى البذر وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات والمبالغ المنصرفة فى أعمال الزراعة والحصاد على المحصول الذى صرفت فى انتاجه (م ١١٤٢/١) ، وامتياز مؤجر الاراضى الزراعية بأجرتها على ما يكون موجودا فيها من محصول زراعى (م ١١٤٤/١) رغم ان المحصول قبل حصده يعتبر عقارا بالطبيعة .

ولم يلبث الفقه والقضاء أن استخلصا من مثل هذه النصوص الخاصة نظرية عامة فى هذا الشأن بمقتضاها تعتبر بعض العقارات منقولات بالمآل، اذا كانت ارادة المتعاقدين تنظر اليها باعتبار ما ستؤول اليه فى القريب من

فصل مؤكد عن أصل ثباتها يصيرها منقولات بالطبيعة (١) . اذ ما دام المال المنقول لهـــذه العقارات هو محل اعتبار المتعاقدين عليهـــا ، فلا حرج من استباق المستقبل ومعاملتها منذ التعاقد على هذا الاساس ويحسب هذا المال . ولذلك يشترط لثبوت صفة المنقول بالمآل ، شرطان جوهريان :

١ — يجب أن تنصرف ارادة المتعاقدين انصرافا حقيقيا جديا الى اعداد العقارات المتعاقد عليها لتصير منقولات بالطبيعة ، وذلك بالاتجاه الى فصلها عن أصل ثباتها واستقرارها ، بحيث لا يتصور فى ذهن المتعاقدين تمـــــام تنفيذ العقد الا بصيرورة هذه الاشياء منقولات فعلا .

ولكن لا يكفى لتوافر هذا الشرط مجرد التصرف فى هـــذه الاشياء تصرفا مستقلا عن أصل ثباتها واستقرارها ، فمثل هذا التصرف المستقل لا يعتبر وحده قرينة على انصراف الارادة الى فصل هذه الاشياء وتصييرها منقولات بالطبيعة فى القريب ، ولذلك فهو لا يغير من الطبيعة القانونية لهذه الاشياء باكسابها وصف المنقول بالمآل الا اذا كانت ارادة المتعاقدين منصرفة حقيقة الى اعدادها لانفصال حقيقى قريب . وعلى ذلك ، فبيع بناء دون الارض المقام عليها يعتبر بيع عقار لا بيع منقول اذا لم تكن ارادة المتعاقدين منصرفة الى بيعه على أساس الهدم ، بينما يعتبر بيع منقول اذا وجد التزام على عاتق المشترى بهـــدمه(٢) .

٢ — يجب أن يكون المصير المحقق — فى نظر المتعاقدين — للعقـــــارات المتعاقد عليها هو التحول فى القريب الى منقولات بالطبيعة . فلا يكفى اذن وجود مجرد احتمال بشأن انفصال هذه العقارات فى القريب عن أصـــل

---

(١) انظر فى ذلك خاصة :
Fréjaville, thèse précitée, pp. 59, 60. — Beudant et Voirin, t. IV, No. 108.

اسماعيل غانم ، محاضرات فى النظرية العامة للحق ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٨ ، ص ٩٤ و ٩٥ — كتابنا أحكام حق الملكية ، فقرة ٣٤ ، ص ١٠٥ — ١٠٩ .

(٢) Fréjaville, thèse précitée, pp. 67-70.

ثباتها واستقرارها ، اذ لا يتصور أن يفقد محل التعاقد مقدما الصـــفة العقارية الثابتة له طبقا لطبيعته اذا لم يكن من المحقق والمؤكد صيرورته فى القريب منقولا بالطبيعة . وعلى ذلك لا يكتسب العقار المتعاقد عليه وصف المنقول بالمآل اذا ترك أمر تحويله الى منقول بالطبيعة الى محض تقـدير ورغبة أحد المتعاقدين ، أو اذا لم يحدد موعد قريب فى التعاقد لمثل هــــذا التحويل أو لم يكن مثل الموعد قابلا للتحديد (١) .

(٢) آثار ثبوت صفة المنقول بالمــآل : اذا توافر الشرطان السابقـــان فان صفة المنقول بالمآل تثبت للعقار محل التعاقد منذ اتمام العقد . فيخضع هذا العقار منذ ذلك الوقت لما يخضع له المنقول من قواعد وأحكام ، فــلا يكون من اللازم التسجيل لنقل ما قد يرتبه من حق عينى على المنقـــول بالمآل(٢) ، ويكون للدائنين اتخاذ اجراءات حجز المنقول لا اجراءات التنفيذ على العقار لاستيفاء حقوقهم من قيمته ، ويتحدد الاختصاص المحلى بنظر المنازعات الناشئة عن هذا التعاقد بمحكمة موطن المدعى عليه .

٣٥٩ — المنقولات المعنوية

الاصل ان الاشياء المعنوية لا يمكن اعتبارها من العقـــارات ولا من المنقولات ، لان التقسيم الى عقارات ومنقولات — وهو مبنى على أساس الثبات أو القابلية للحركة — لا يتصور الا فى شأن الاشياء المادية وحدها . ومع ذلك فخروجا على هذا الاصل ، تعتبر الاشياء المعنوية من المنقولات حكما وتخضع لاحكام المنقول . ويقال عادة فى تبرير ذلك ان المشرع يعتبر منقولا كل ما ليس بعقار ، وهذه الاشياء المعنوية ليست قطعـــا من العقارات .

---

(١) انظر فى ذلك كتابنا احكام حق الملكية ، ص ١٠٨ و ١٠٩ .

(٢) فينتقل الحق العينى فور التعاقد اذا كان محله معينا بالذات (م ٢٠٤ مدنى) إما اذا كان هذا المحل معينا بنوعه ، فينتقل الحق العينى بافرازه (م ٢٠٥/١ مدنى) .

المبحث الثانى

الأشياء القابلة وغير القابلة للاستهلاك(١)

٣٦٠ — أساس التقسيم وأهميتــه

الاشياء القابلة للاستهلاك (choses ou biens consomptibles) هى تلك التى لايتصور استعمالها الا عن طريق استهلاكها، بمعنى أنها تستهلك بمجرد استعمال واحد دون أن تحتمل ورود استعمال متكرر عليها ، ولذلك يعرفها المشرع المصرى بأنها « .. هى التى ينحصر استعمالها ، بحسب ما أعدت له فى انفاقها أو استهلاكها » (م ١/٨٤ مدنى) . ويستوى فى هذا الشأن أن يكون استهلاك هذه الاشياء ماديا بالقضاء على مادتها كأكل الطعام ، أو بتغيير صورتها كتحويل المنسوجات الى ملابس ، أو أن يكون هذا الاستهلاك قانونيا بالتصرف كانفاق النقود وبيع السلع .

أما الاشياء غير القابلة للاســـتهلاك (choses ou biens non consom- ptibles) ، فهى تلك التى تقبل الاستعمال المتكرر دون ان تستهلك بمجرد استعمال واحد لها ، ولو ترتب على تكرار استعمالها أو طـــوله هـــلاكها أو ضياعها أو بخس قيمتها أو نقص متانتها ، كالارض والمنـــازل والسيارات والمفروشات والالات .

والأصل أن طبيعة الشىء هى التى تحدد قابليته أو عدم قابليته للاستهلاك. غير أن الارادة لها من السلطان ما تملك به مثل هذا التحديد كذلك ، اذا خصصت استعمال الشىء تخصيصا يخرجه عما تقضى به طبيعته ، فيصبح حينئذ قابلا أو غير قابل للاستهلاك بالتخصيص(٢) لا بالطبيعة . فالنقود ،

---

(١) راجع فى ذلك خاصة :

Humbert, Essai sur la fongibilité et la consomptibilité des meubles, thèse Paris, 1940. — Jaubert, La consomptibilité et la fongibilité, Revue trimestrielle de droit civil, 43e. année, 1945, pp. 75 - 101.

كتابنا أحكام حق الملكية ، فقرات ٣٦ و ٣٧ ، ص ١١٦ — ١١٨ .

(٢) Jaubert, article précité, pp. 78, 79, 96 - 100

وهى قابلة بحسب طبيعتها للاستهلاك قانونيا بمجرد استعمالها أى بانفاقها، تصبح غير قابلة للاستهلاك اذا أعيرت على أساس مجرد عرضها ثم ردها بعد ذلك . بل وكل شىء يكون بحسب طبيعته غير قابل للاستهلاك يصبح قابلا له بالتخصيص اذا أعد للبيع (م ٢/٨٤ مدنى) ، اذ يخصص حينئذ لنوع من الاستهلاك هو الاستهلاك القانونى .

وتبدو أهمية التفرقة بين الاشياء القابلة وغير القابلة للاستهلاك فى ان بعض الحقوق التى تخول استعمال الشىء ، كحق الانتفاع وحق الاستعمال، لا يتصور ورودها الا على الاشياء غير القابلة للاستهلاك وحدها ، لان المنتفع أو المستعمل يلتزم عند انتهاء حقه برد الشىء بعينه الى مالكه واستعماله له يستهلكه . وكذلك الشأن فى الايجار والعارية ، فهى عقود لا ترد الا على اشياء غير قابلة للاستهلاك بمجرد الاستعمال .

المبحث الثالث

الاشياء المثلية والقيمية (١)

٣٦١ — أساس التقسيم وأهميته

الاشياء المثلية (choses ou biens fongibles) هى التى لها نظائر متماثلة فى الاسواق ، فلا تتفاوت آحادها تفاوتا يعتد به ، ولذلك فيقوم بعضها مقام بعض فى الوفاء . وهذه الاشياء هى التى جرى العرف على التعامل فيها بالعدد او المقاس أو الكيل أو الوزن (م ٨٥ مدنى) ، كالنقود ، والكتب من طبعة واحدة ، والقماش من نوع ولون واحد ، والحبوب من نفس الصنف والجودة ، والقطن من نفس الصنف والرتبة .

---

(١) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

De La Grasserie, De la fongibilité juridique, Revue générale du droit, 1911. — Humbert, thèse précitée. — Jaubert, article précitée.

كتابنا أحكام حق الملكية ، فقرات ٣٨ — ٤٠ ، ص ١١٨ — ١٢١ .

أما الاشياء القيمية (choses ou biens non fongibles) ، فهى تلك التى تتفاوت أحادها تفاوتا يعتد به بحيث لا يقوم غيرها مقامها عند الوفاء كالارض والمنازل والحيوانات .

واذا كان الاصل فى تعيين الصفة المثلية أو القيمية للاشياء هو طبيعتها من حيث تماثل أو تفاوت آحادها ، الا ان ارادة الافراد قد تسبغ على شىء مثلى بطبيعته الصفة القيمية أو على شىء قيمى بطبيعته صفة المثلية (١) ، فيقال أن الشىء يصبح قيميا أو مثليا بالتخصيص(٢) . ومثال الحالة الاولى اعارة كتاب بقصد الاطلاع عليه ورده بذاته ، ومثال الحالة الثانية ما تقوم به بعض الشركات التى تستهدف بيع اراض زراعية تستصلحها أو اراض للبناء تعدها وتمهدها من تقسيمها الى قطع متساوية متماثلة .

وتبدو أهمية تقسيم الاشياء الى مثلية وقيمية(٣) فى كون المقاصة القانونية لا تقع الا بين دينين موضوع كل منهما أشياء متماثلة (م ١/٣٦٢ مدنى) . وفى كون هلاك الاشياء القيمية ينقضى به الالتزام لان تنفيذه يصبح بهذا الهلاك مستحيلا ، أما هلاك الاشياء المثلية فلا يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا بل يظل الالتزام قائما فى شأنها ، لان لها نظائر فى الاسواق فيقوم بعضها مقام بعض فى الوفاء ، ولذلك يقال ان الاشياء المثلية لا تهلك . وفى كون الملكية أو أى حق عينى آخر لا ينتقل أو يتقرر على الاشياء المثلية الا بافرازها لانها تكون بوصفها هذا غير معينة بالذات ، بينما يتقرر فور التعاقد على الاشياء القيمية المنقولة باعتبارها معينة بالذات .

---

(١) نقض ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٣ ، مجموعة عمر (المدنية) ، ج ١ ، رقم ١٤٦ ، ص ٢٦٦

(٢) Jaubert, article précitée, pp. 78, 79, 96 - 100

(٣) السائد فى الفقه أن تقسيم الاشياء الى مثلية وقيمية يقوم على أساسه التفريق بين الاشياء المعينة بنوعها والاشياء المعينة بذاتها . غير أن ثم اتجاها حديثا فى الفقه (Jaubert, article précitée, p. 86) يشكك فى وجود تطابق كامل بين التقسيمين (أنظر فى مناقشة هذا الاتجاه : كتابنا أحكام حق الملكية ، فقرة ٣٩ ، ص ١٢٠ و ١٢١) .

الفصل الثانى

الاعمـــال

٣٦٢ — العمل وشروطه بوصفه محلا للحق

قلنا أن محل الحق يكون شيئا أو عملا . وقد تكلمنا فى الاشياء باعتبارها محلا للحقوق القائمة على أساس من رابطة التسلط كالحق العينى والحق الذهنى والحق فى الاسم . بقى أن نتكلم فى الاعمال باعتبارها محلا للحقوق القائمة على أساس من رابطة الاقتضاء ، وأظهرها الحق الشـــخصى أو حق الدائنيه (١) الذى يخول صاحبه أى الدائن قدرة اقتضاء عمل معين من المدين . ويستوى فى العمل — بوصفه محلا لهذا النوع من الحقوق — أن يكون ايجابيا او سلبيا ، ولكن يجب أن تتوافر فيه شروط رئيسية ثلاثة هى : الامكان والتعيين والمشروعية .

(ا) شرط الامكان : يجب ان يكون العمل ممكنا ، بمعنى أن يكون غـــير مستحيل فى ذاته (م ١٣٢ مدنى) ولو كان مستحيلا بالنســـبة الى بعض الاشخاص ، فالاستحالة التى تمنع من امكان العمل اذن هى الاســـتحالة المطلقة لا النسبية . ومن أمثلة العمل غير الممكن التعهد برفع استئناف عن حكم قضائى اذا كان ميعاد الاستئناف قد فات قبل التعهد ، أو بنقل ملكية عين تكون قد هلكت قبل التعهد ، اذ رفع الاستئناف ونقل الملكية فى هذه الظروف عملان مستحيلان فى ذاتهما استحالة مطلقة فىحق الكافة . أما اذا كانت الاستحالة نسبية ، كمن يتعهد برفع أثقال منالحديد لا يقـــدر على

---

(١) ولذلك نتفصيل الكلام فى العمل وشروطه مجاله نظرية الالتزام ، راجع فى هذا التفصيل بخاصـــة :

عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقـــرات ٢١٣ — ٢٤١ . — أنور سلطان ، النظرية العامة للالتزام ، ج ١ ، الطبعة الاولى ، ١٩٥٥ ، فقرات ١٦٦ — ١٩٣ .

رفعها وان كان غيره يقدر على ذلك ، فيعتبر معها العمل ممكنــا لانه غير مستحيل فى ذاته ويكون للدائن الحق فى اقتضاء الوفاء به ، فاذا استحال على المــدين شخصيا القيام به يكون مسئولا أمام الدائن عن تخلفــه عن الوفاء .

ويعتبر العمل ممكنا اذا كان مضمونه اعطاء شىء ، حتى ولو لم يكن هذا الشىء موجودا وقت التعهد باعطائه ، ما دام أنه ممكن وجوده فى المستقبل ، ولذلك فكون موضوع المحل شيئا مستقبلا لا ينفى امكانه (١) .

(٢) شرط التعيين : يجب أن يكون العمل معينا أو قابلا للتعيين ، حتى يتحدد أو يكون قابلا للتحديد مضمون اقتضائه أو الحق الواد عليـــه . فالتعهد باقامة بناء ، يجب فيه تعيين مواصفاته ، أو فى الاقل استخلاص ذلك من ظروف التعاقد وملابساته كالغرض من البناء وسعته ومــا الى ذلك . واذا كان مضمون العمل اعطاء شىء ، فيجب ــ اذا كان الشىء قيميا ــ أن تحدد ذاتيته على النحو الذى يميزه عن غيره بأن يعين مثــلا موقع الارض المبيعة ومساحتها وحدودها ، وأما اذا كان الشىء مثليا فيجب أن يحدد نوعه ومقداره(٢) ، وان كان ليس من اللازم تحديد درجة جودته(٣) .

(٣) شرط المشروعية : يجب ان يكون العمل مشروعا أى غير مخالف للقواعد القانونية الامرة أو للنظام العام أو الاداب (م ١٣٥ مدنى) . ومن أمثلة العمل غير المشروع المبطل للتعهد به : الالتزام بارتكاب جريمة معينة ، او ببيع كمية من المخدرات ، أو بدفع مبلغ من المال الى امراة مقابل انشاء او استمرار علاقات جنسية غير مشروعة معها .

---

(١) اذا كان الاصل هو جواز أن يكون محل الالتزام عملا واردا على شىء مستقبل (م ٢/١٣١ مدنى) ، فاستثناء من ذلك يعتبر التعامل فى تركة انسان على قيد الحياة باطلا ولو كان برضاه (م ٢/١٣١ مدنى) ويحظر هبة الاموال المستقبلة (م ٤٩٢ مدنى) .

(٢) ولكن يكفى أن يكون المحل معينــا بنوعه فقط اذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقــداره (م ٢/١٣٣ مدنى) .

(٣) فاذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشىء من حيث جودته ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئا متوسط الجودة (م ٢/١٣٣ مدنى) .



الباب الثالث

مصادر الحق (١)

٣٦٣ — الوقائع القانونية والتصرفات القانونية ، وتأصيل التفرقة بينهما

قلنا أن الحق يستند فى وجوده الى القانون . غير أن القانون — فى ترتيبه واسناده للحق — انما يعتد بوقائع أو أحداث أو أعمال معينة يرتب على تحققها وجود الحق ، وهذه الوقائع أو الاحداث أو الاعمال هى التى نعنيها بمصادر الحق أى بمصادرة المباشرة التى تولده ، وأن بقى القانون من ورائها كلها هو المصدر غير المباشر للحقوق جميعا . وغنى عن البيان ، أن هذه المصادر المباشرة للحقوق لا تقتصر على انشاء الحق وحسب ، بل تمتد كذلك الى نقله أو تغييره أو انقضائه .

والمصادر المباشرة للحق لا تخرج فى الاصل — رغم تعددها وكثرة تنوعها — عن طائفتين أساسيتين : طائفة الوقائع القانونية (faits juridiques) وطائفة التصرفات أو الاعمال القانونية (actes juridiques) . ويقصد بالوقائع القانونية كل حدث أو عمل مادى يرتب القانون عليه أثرا معينا ، وخاصة انشاء حق أو نقله أو تغييره أو زواله . أما التصرفات أو الاعمال

---

(١) راجع فى ذلك بوجه خاص :

Bonnecase, Supplément, op. cit., t. II, Nos. 248, et s.; t. III, Nos. I et s. — Hébraud, Encyclopédie juridique, Répertoire de droit civil, Dalloz, t. I, V. acte., pp. 65 - 68.

عبد الرزاق السنهورى ، التصرف القانونى والواقعة القانونية ، دروس لقسم الدكتوراه ١٩٥٣ — ١٩٤ ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٣٢ — ٣٤ ، ص ١٢٩ — ١٣٤ ، ج ٢ ، فقرات ١ — ٤ . — وكتابنا « أصول القانون » ، فقرات ٣٩١ — ٣٩٧ ، ص ١٠٣٧ — ١٠٧٥ .

القانونية ، فيقصد بها كل ارادة تتجه الى ترتيب مثل هذا الاثر (١) .

ومن امثلة الوقائع القانونية واقعة الموت ، فهى حدث مادى طبيعى يترتب عليه أثر قانونى هو الحق فى الارث . والفعل الضار كذلك واقعة قانونية ، فهو فعل مادى اختيارى يترتب عليه أثر قانونى هو الحق للمضرور فى التعويض . والمثل الرئيسى للتصرف أو العمل القانونى هو العقد ، وهو عمل ارادى من طرفين تولد عنه حقوق للمتعاقدين وعليهما . فعقد البيع مثلا يولد للبائع حقا فى اقتضاء الثمن وللمشترى حقا فى اقتضاء تسليم المبيع ونقل ملكيته اليه . والوصية كذلك تصرف أو عمل قانونى ، فهى عمل ارادى من جانب واحد يرتب للموصى له حقا فى الموصى به .

واذا كانت التفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية تبدو يسيرة فى بعض الحالات كما يبدو من الامثلة المتقدمة ، فلا يجب أن يحجب ذلك — فى حالات أخرى — صعوبتها ودقتها واختلاف الفقهاء حول تكييف ووصف مصدر الحق فى شأنها . وأكثر ما يعرض ذلك فى صدد الافعال الاختيارية التى تترتب عليها آثار قانونية ، اذ يقوم الاختيار فى الفعل على الارادة مما يكاد يقربه فى الذهن من الارادة قوام التصرف وتيسير الانزلاق الى الخلط بين الواقعة القانونية وبين التصرف القانونى . ويبدو أنه يجب البصر — فى صدد التمييز بينهما(٢) — بأمرين رئيسيين .

---

(١) تجب الاشارة الى وجوب طائفة ثالثة يمكن تسميتها بالمصادر المزدوجة ، تقوم على الجميع بين جوهر الواقعة القانونية وجوهر التصرف القانونى ، بحيث لا يترتب الاثر القانونى المتولد عنها الا بوجود واقعة أو عمل مادى معين واتجاه الارادة الى توليد هذا الاثر . ومن هذه الطائفة : الشفعة والاستيلاء والوفاء ، ففيها جميعا يلزم اقتران العنصر المادى بالعنصر الارادى (أنظر كتابنا سالف الذكر ، فقرة ٣٩١ ، ص ١٠٤٢ — ١٠٤٤).وقد كان لاستاذنا الجليل الدكتور عبد الرزاق السنهورى فضل التنبيه الى هذه الطائفة . وهو يقسمها — زيادة فى الايضاح الى قسمين : وقائع مركبة تتركب من واقعة مادية ومن تصرف قانونى ، ومثالها الشفعة . ووقائع مختلفة تقوم على شىء واحد ولكن يختلط فيه العنصر المادى بعنصر الارادة ، ومثالها الاستيلاء والوفاء (عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، هامش ص ١٣٣) .

(٢) أنظر فى بعض محاولات هذا التمييز وفى مناقشتها :
كتابنا سالف الذكر ، ص ١٠٣٩ و ١٠٤٠ .

(١) ان الارادة فى التصرف القانونى هى ذات هذا التصرف وجوهره ، ولذلك يصح بل يجب وصفه بأنه ارادة محضة (١) . بينما فى الواقعة القانونية قد توجد الارادة كما فى الافعال الاختيارية ، وقد لا توجد كما فى الوقائع الطبيعية . واذا وجدت الارادة ، فانها — على خلاف الظاهر — تتميز بوضوح عن الارادة فى التصرف القانونى . ذلك أنه اذا كانت الارادة فى التصرف القانونى هى ذات هذا التصرف ، فهى فى الواقعة القانونية — اذا وجدت — تكون متميزة عن ذات هذه الواقعة وجوهرها ، اذ تكون مجرد ارادة فى اتيان العمل المادى المكون لهذه الواقعة(٢) . ولذلك يبدو التمييز ظاهرا بجلاء بين الواقعة القانونية وبين التصرف القانونى من هذا الوجه . فجوهر التصرف القانونى هو الارادة المحضة ، أما جوهر الواقعة القانونية فهو العمل المادى حتى ولو كان ثمة ارادة واختيار فى اتيانه .

(٢) أنه ينبنى على اختلاف الجوهر بين الواقعة القانونية والتصرف القانونى على النحو المتقدم أن الاثر القانونى المترتب على التصرف انما يترتب لأن الارادة — وهى جوهر التصرف — قد اتجهت الى ترتيبه . أما فى الواقعة القانونية ، وليست الارادة اذا وجدت هى جوهرها وانما جوهرها العمل المادى وحده ، فان ما يترتب على الواقعة القانونية من أثر قانونى لا شأن للارادة فى ترتيبه وانما هو يترتب لمجرد وجود وتحقق العمل المادى .

ولذلك يستوى — اذا وجد العمل المادى — أن توجد ارادة أو أن لاتوجد أو اذا وجدت أن تكون ارادة فى اتيان العمل المادى دون قصد الى نتائجه أو حتى أن تكون ارادة فى اتيانه وفى قصد نتائجه على السواء (٣) . فما دام وجود الارادة لا يغير مما يرتبه القانون أصلا على العمل المادى من أثر ، فلا

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، التصرف القانونى والواقعة القانونية ، ص ٧٥ .

(٢) عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٤١ و ٧٥ .

(٣) فى هذا المعنى :

عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ص ١١٩ .

يكون لوجودها اذن اعتبار فى ترتيبه ، ولا فى قلب العمل المادى نفسه من واقعة قانونية الى تصرف قانونى .

ولذلك يبدو خطأ الرأى القائل بالتمييز بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية على أساس أن النتائج القانونية تكون مقصودة فى الثانية وغير مقصودة فى الاولى ، فقد تكون النتائج القانونية مقصودة ومع ذلك نكون بصدد واقعة قانونية لا بصدد تصرف قانونى لان هذه النتائج تترتب على مجرد وجود عمل مادى . فالشخص الذى يصدم آخر بسيارته بخطأ منه ، انما يعتبر فعله الضار هذا عملا ماديا ، والقانون يكتفى بظهور هذا العمل المادى الى الوجود ليرتب عليه أثرا قانونيا معينا هو الحق فى التعويض ، وهذا الحق يترتب حتما لمجرد تحقق الاصابة بخطأ دون اعتبار لما اذا كانت ارادة صاحب السيارة قد اتجهت أو لم تتجه الى صـــدم المصاب ، ولا حتى اذا كانت — حين اتجهت الى صدمه — قد اتجهت كذلك فرضا الى الالتزام بالتعويض قبله ، ولذلك يظل مصدر الحق فى التعويض فى كل هذه الصور واقعة قانونية هى الفعل الضار .

وعلى هذا النحو ، فالتفرقة بين الواقعة القانونية وبين التصرف القانونى انما تقوم اذن على أساس التمييز بين الفعل أو العمل المادى وبين الارادة المحضة . فحيث يتولد الحق أو يترتب الاثر القانونى بوجه عام من مجرد وجود فعل أو عمل مادى ، بصرف النظر عما اذا كان وجوده طبيعيـــا أو اختياريا وعما اذا كانت آثاره القانونية — لو كان اختياريا — مقصودة أو غير مقصودة ، نكون أمام واقعة قانونية . أما حيث يترتب الاثر القانونى أو يتولد من مجرد وجود ارادة تتجه الى هذا الترتيب أو التوليد ، فنحن أمام تصرف قانونى .

٣٦٤ — أهمية التفرقة بين الوقائع القانونية وبين التصرفات القانونية

اذا تحددت التفرقة بين الوقائع القانونية وبين التصرفات القانونية على النحو الذى بيناه ، فينبغى الوقوف على ما تثيره هذه التفرقة من أهمية

بالغة . ففضلا عما تعنيه هذه التفرقة أولا من جمع شتات مصادر القانون وردها الى هاتين الطائفتين الاساسيتين واخضاع كل طائفة لقواعد واصول كلية واحدة ، نجد أن لهذه التفرقة أهمية بالغة من ناحية الاثبات خاصة .

ذلك ان نشوء الحق أو تعديله أو تحديد أوصافه أو نقله أو زواله ، أو بوجه عام وجود أى أثر قانونى ، يقتضى — عند المنازعة فيه — اثبات مصدره المباشر ، أى اثبات الواقعة القانونية أو التصرف القانونى المرتب لأى من ذلك(١) . وفى هذا الصدد نجد أهمية التفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية ، اذ من الواضح — وهما مختلفان فى الجوهر — كما سبق البيان — ضرورة اختلافهما فى وسائل الاثبات .

فالتصرف القانونى ، باعتباره ارادة محضة متجهة الى توليد حق أو تغييره أو زواله أو توليد أثر قانونى بوجه عام ، يعنى اناطة هذا الاثر بمسلك ارادى بقصد ترتيبه ، وهو ما يقتضى فى الاصل امكان تهيئة واعداد دليل كتابى على هذا المسلك والقصد وقت وقوعه ، لكى يكون من بعد وسيلة اثباته اذا حصلت المنازعة فيه . وليس الحال كذلك فى شأن الوقائع القانونية — وهى محض وقائع أو أعمال مادية تترتب عليها آثارها بصرف النظر عن اتجاه أو عدم اتجاه الارادة الى هذا الترتيب — حيث يستعصى فى الأصل اعداد دليل كتابى يسجلها عند وقوعها(٢) . ولذلك فالأصل هو

---

(١) ولذلك ، فمن التجوز فى التعبير القول بأن ذات الحق أو الاثر القانونى هو محل الاثبات، بل الواقع أن محل الاثبات دائما هو ما يولد هذا الحق أو الاثر من مصدر سواء كان هذا المصدر واقعة قانونية أو تصرفا قانونيا (فى هذا المعنى : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٢ ، رقم ١١ ، ص ١٥) .

(٢) فى هذا المعنى :
عبد المنعم فرج الصدة ، الاثبات فى المواد المدنية ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٤ ، فقرات ٢٢ و ١٩٠ . — عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٢ ، ص ٣٤٠ و ٣٤١ .
ومع ذلك ، فيحتم المشرع فى شأن بعض الوقائع القانونية الخطيرة ، كالميلاد والموت ، اعداد دليل كتابى وقت وقوعها . ولكن يراعى أن هذا الدليل الكتابى ليس هو وسيلة الاثبات الوحيدة المتصورة فى شأن هذه الوقائع ، اذ أنه اذا لم يوجد هذا الدليل أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات الرسمية المعدة لقيد المواليد والوفيات ، جاز الاثبات بأية طريقة أخرى (أنظر سابقا ، ص ٥٠٦ و ٥٠٩)

اشتراط اثبات التصرفات القانونية بالكتابة(١) ، وامكان اثبات الوقائع القانونية — على خلاف ذلك — بأية طريقة من طرق الاثبات ولو بمجرد البينة أى الشهادة أو القرائن القضائية أو المعاينة(٢) .

وتبدو اهمية التفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية بارزة كذلك من حيث انفراد التصرفات القانونية بكل الاحكام المتعلقة بالارادة وبقدرتها على ترتيب الآثار القانونية ، اذ هى — على خلاف الوقائع القانونية — ارادة محضة متجهة الى ترتيب هذه الاثار .

واذا كان للتفرقة بين الوقائع القانونية والتصرفات القانونية هذه الاهمية الكبيرة ، فضلا عن اهمية الوقائع والتصرفات القانونية فى ذاتها أهمية قصوى من حيث اعتبارهما معا مصدرا لنشوء أى حق أو تحديد وصفه أو تعديله أو انقضائه أو بوجه عام لأى اثر قانونى كان ، فمن الواجب صياغة نظرية عامة للواقعة القانونية والتصرف القانونى رغم الصعوبات الجمة التى أخرت هذه الصياغة حتى الآن(٣) .

ونعرض فيما يلى بايجاز لكل من الواقعة القانونية والتصرف القانونى ، وما يولدان من حقوق وآثار مختلفة .

---

(١) ولكن يستثنى من ذلك بعض التصرفات القانونية ، فيجوز اثباتها بالبينة وبالقرائن وهى التصرفات القانونية التجارية بوجه عام ، والتصرفات القانونية المدنية التى تكون قيمتها أقل من قيمة نصاب الكتابة (وهذا النصاب هو ما يجاوز اليوم عشرين جنيها طبقا لقانون الاثبات الجديد)

(٢) وأما اثبات المصادر المزدوجة ، فيعتمد فيه أساسا بطبيعة هذا الازدواج . فحيث يكون هذا الازدواج مؤديا الى الاختلاط ، يبدو من المنطقى الاعتداد بالعنصر الغالب ، ومعاملة المصدر — رغم ازدواج طبيعته — على هذا الاساس من حيث الاثبات . وأما حيث يكون مقتضى الازدواج وجود عدة وقائع مركبة غير مختلطة ، فيبدو من المنطقى وجوب معاملة كل منها على حدة بحسب طبيعتها واخضاعها لاحكام الاثبات الخاصة بهذه الطبيعة (أنظر : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٢ ، فقرة ١٨٤ ، ص ٣٤٣ و ٣٤٤ . — كتابنا سالف الذكر ، هامش ٢٢ ص ١٠٤٦) .

(٣) أنظر كتابنا سالف الذكر ، فقرة ٣٩٣ ، ص ١٠٤٧ — ١٠٥٠ .

الفصل الأول

الواقعـــة القانونيـــة

٣٦٥ ـــ الواقعة القانونية ، أنواعها وأهميتها وآثارها

لم تلق « الواقعة القانونية » من عناية الفقه ما لقيه منهـــا « التصرف القانونى » ممثلا على الاقل فى صورته الكبيرة وهى « العقد » . ومرد ذلك الى الاعتقاد الذى ساد فى الفقه التقليدى ـــ تأثرا بالمذهب الفردى ومبـــدأ سلطان الارادة ـــ فى أن دائرة التصرفات القانونية أرحب وأفسح مدى من دائرة الوقائع القانونية ، وأن الوقائع القانونية لا تبلغ من العدد ولا من الاهمية ما تبلغه التصرفات القانونية (١) . وساعد على ذلك التقديس الكبير الذى تمتعت به نظرية الالتزام منذ قديم ، وحصر التصرف القانونى والواقعة القانونية فى نطاقها ، واعتبار العقد بالذات ـــ وهو تصرف قانونى ـــ قطب الرحى فى هذه النظرية .

وقد سبق أن رأينا وجوب تحديد الواقعة القانونية بأنها فعل أو عمـــل مادى يرتب القانون اثرا قانونيا معينا على مجرد وجوده فى ذاته ، وبصرف النظر عن تخلف أو وجود ارادة تصاحبه .

والوقائع القانونية ، بهذا التحديد ، نوعان رئيسيان : وقائع طبيعيـــة أو غير اختيارية ، ووقائع اختيارية . فالوقائع الطبيعية أو غير الاختيارية مثل الصواعق والبراكين والزلازل والفيضان قد يكون حدوثها قوة قاهرة تعفى المدين من التزامه، والميلاد يرتب القانون عليه أثرا هو بداية الشخصية،

---

(١) انظر على سبيل المثال :
Capitant, op. cit., No. 229.

والموت يترتب عليه انتهاء شخصية الميت وفتح تركته واستحقاق ورثته فيها. وأما الوقائع الاختيارية فهى الوقائع المادية التى تحدث بفعل الانسان واختياره ويرتب القانون على مجرد وجودها المادى أثرا قانونيا معينا ، ومثلها الفعل الضار الذى يمثل خطأ من جانب فاعله فيولد للمضرور حقا قبله فى التعويض ، والبناء فى أرض الغير يجعل مالك الارض مالكا للبناء بالالتصاق ويلزمه بتعويض البانى ، والاثراء بلا سبب مشروع على حساب الغير ينشىء للمفتقر حقا قبل المثرى فى التعويض .

يخلص من هذه الامثلة أن الواقعة القانونية قد تكون مفروضة على الانسان وتنتج آثارها فرضا عليه كذلك ، كما فى واقعة الميلاد والموت . وقد تكون باختيار الانسان ، وحينئذ اما أن تكون مشروعة كالفعل النافع الذى يؤدى الى اثراء شخص على حساب فاعله ، أو غير مشروعة كالفعل الضار ، وفى الحالين يرتب القانون عليها آثارا معينة لمجرد وجودها المادى بصرف النظر عما اذا كان فاعلها قد انصرفت ارادته الى هذه الاثار أو لم تنصرف .

وواضح أنه طالما كانت الواقعة القانونية مجرد فعل أو عمل مادى وتترتب عليها آثار قانونية بهذا الاعتبار ، فلا شأن للارادة اذن فى هذا الترتيب . ولذلك لا تحتاج الواقعة القانونية الى ما يحتاجه التصرف القانونى من قواعد كثيرة متعلقة بالارادة وقدرتها على ترتيب الاثار القانونية ، وخاصة فى شأن الاهلية والاثبات والصحة أو البطلان . فلا يتوقف ترتيب الواقعة القانونية لاثرها — حتى لو كانت من قبيل الوقائع الاختيارية — على كمال أهلية محدثها (١) . ولا تشترط الكتابة لاثبات الواقعة القانونية ، بل تقبل الاثبات بأى طريق من الطرق كالبينة والقرائن . ولا يتوقف وجود الواقعة القانونية وانتاجها آثارها على مشروعيتها ، اذ هى عمل مادى فيكون وجودها ماديا محضا لا يمكن وصفه بالصحة أو البطلان ، بينما يتوقف وجود التصرف

---

(١) راجع سابقا ، ص ٥٥١ .

القانونى وانتاجه اثره القـانونى على صحته ومشروعيته ، اذ هو ارادة محضـة (١) .

والواقعة القانونية قد تكون مصدرا للحقوق السياسية ، اذ بلوغ سن معينة — وهو واقعة طبيعية اى فعل من صنع الطبيعة — يعطى الشخص الحق فى الانتخاب أو الترشيح للمجالس النيابية . وقد تكون مصدرا لحقوق الشخصية ، فالميلاد — وهو واقعة طبيعية — يكسب المولود حقا فى لقب والده . وقد تكون مصدرا للحقوق الذهنية ، فواقعة الخلق الذهنى أو الانتاج الفكرى عمل مادى اختيارى يعطى للمؤلف حقا معنويا وحقا ماليـا على مصنفه . وقد تكون مصدرا لحقوق الاسرة ، فواقعة القرابة تعطى الاب الحق فى تأديب ولده .

وقد تكون الواقعة القانونية مصدرا للحقوق العينية : فالموت ، وهـو واقعية طبيعية ، يولد للوارث حقا فى ملـكية نصيبه من أموال المورث . والالتصاق ، وهو واقعـة طبيعية أو اختيارية على حسب الاحـوال ، قد ينشىء حقا فى الملكية : فالارض التى تتكون من طمى يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكا للملاك المجاورين (م ٩١٨ مدنى)،والبناء أو الغراس الذى يقيمه شخص بمواد من عنده فى أرض غيره يتملكه صاحب الارض (م ٩٢٤ و ٩٢٥ مدنى) ، وكذلك يكون ملكا لصاحب الارض مايحدثه هو فيها من بناء أو غراس أو منشآت اخرى يقيمها بمواد مملوكة لغـيره (م ٩٢٣ مدنى) . ومن أسباب الاخذ بالشفعة ، وهى مصدر لكسب الملكية ، واقعة الجوار وهى واقعة مادية (م ١٣٦ مدنى)(٢) . ومضى المـدة وهو

---

(١) فى هذا المعنى :

Hébraud, Encyclopédie Dalloz, op. cit., t. I, No. 54.

عبد الرزاق السنهورى ، التصرف القانونى والواقعة القانونية ، ص ١٢٠ .

(٢) ولكن الاخذ بالشفعة يحتاج فى الواقع الى اعلان من جانب الشفيع عن ارادته فى ذلك . وهذا يجعل الشفعة مؤلفة من عنصرين : عنصر الواقعة القانونية وهو يقوم على واقعة الجوار هنا بالاضافة الى حصول بيع العين المشفوع فيها وهو ما يعتبر واقعة مادية أو قانونية بالنسبة الى الشفيع ، وعنصر التصرف القانونى وهو اتجاه ارادة الشفيع الى الاخذ بالشفعة واعلانه ذلك ، فلا تعتبر الشفعة اذن واقعة قانونية خالصة وانما واقعة مركبة (فى هذا المعنى : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، هامش ص ١٣٣) .

واقعة طبيعية ، يعتبر سببا فى اكتساب الملكية أو الحقوق العينية اذا اقترن بالحيازة وهى واقعة مادية اختيارية من فعل الانسان (م ٩٦٨ و ٩٦٩ مدنى) والاستيلاء ، وهو عمل مادى اختيارى ، يكسب ملكية المنقول الذى لا مالك له (م ٨٧٠ مدنى)(١) .

وقد تكون الواقعة القانونية مصدرا للحقو ق الشخصية أى حقوق الدائنية. فواقعة القرابة — وهى واقعة مادية — قد تولد الحق فى النفقة بين الاقارب. والفعل الضار ، وهو فعل اختيارى من الانسان ، يولد الحق فى التعويض ، سواء كان فاعله قاصدا احداثه أو غير قاصد ، اذ التعويض يترتب بفعله المادى لا بارادته . والفعل النافع ، وهو عمل مادى ، يجعل للمفتقر حقا فى التعويض قبل الشخص الذى أثرى بلا سبب مشروع على حسابه (م ١٧٩ مدنى) : فمن تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له ، وجب عليه رده (م ١٨١ مدنى) . والفضولى ، وهو من يتولى عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك ، كمن يتولى اصلاح جدار جاره الغائب اذا كان الجدار وشيك السقوط ، يتولد له نتيجة هذا الفعل النافع للجار حق فى استرداد النفقات الضرورية والنافعة التى سوغت الظروف انفاقها للقيام بهذا الاصلاح وفوائدها ، وفى التعويض عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل (م ١٩٥ مدنى) .

وقد تكون الواقة القانونية كذلك مصدرا لانقضاء الحقوق . فهلاك الشىء، وهو واقعة مادية ، يؤدى الى انقضاء الحق العينى الوارد عليه . وتنتهى

---

(١) يراعى أن الحيازة والاستيلاء ، وهما فى ذاتهما من الوقائع القانونية أو المادية ، ينطويان على ارادة فى التملك أو اكتساب الحق العينى ، ولذلك يعتبران من الوقائع المختلطة وان كان العمل المادى فيهما هو الغالب (انظر : عبد الرزاق السنهورى ، الموضع السابق — وانظر سابقا ، هامش «١» ص ٦٨٤) .

ولكن يراعى أن المقاصة فى القانون المصرى الحالى — خلافا للقانون الفرنسى — مصدر مزدوج مؤلف من واقعة مادية ومن تصرف قانونى ، مما يجعل منها واقعة مركبة : اذ لا تكفى واقعة المقاصة المادية وحدها لانتاج أثرها ، بل لا بد لذلك من اعلان أحد طرفيها ارادته فى التمسك بها (انظر فى هذا المعنى : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ٣ ، فقرة ٣٥٤ ، ص ٦٣٢) .

الحقوق العينية الاصلية،عدا حق الملكية،بعدم الاستعمال طوال خمس عشرة سنة وهو واقعة مادية . وتنتهى حقوق الدائنية بسكوت الدائن عن المطالبة بحقه طوال مدة معلومة تختلف بحسب الاحوال (م٣٧٤ مدنى وما بعدها)، وباتحاد الذمة (la confusion) الذى تجتمع بمقتضاه صفة الدائن والمدين فى شخص واحد (م ٣٧٠ مدنى) ، وبالمقاصة التى بمقتضاها ينقضى الدينان المتقابلان بقدر الاقل منهما اذا كانا مستحقى الاداء خاليين من النزاع وكان محل كل منهما نقودا أو مثليات (م ٣٦٢ مدنى) .

وقد ترتب الواقعـــة القانونية آثارا اخرى ، فالقرابة قد تكون مانعا من موانع الزواج ، والجوار قد يحد من استعمال حق الملكية ، ونزع الحيازة قد يترتب عليه قطع التقادم ، وحالة القصر قد يترتب عليها وقف التقادم .

الفصل الثانى

التصرف القانونى

٣٦٦ ــ التصرف القانونى ، أهميته وآثاره

سبق أن قلنا ان التصرف القانونى هو ارادة محضة متجهة الى احداث أثر قانونى ، وخاصة الى انشاء حق أو نقله أو تغييره أو انقضائه ، ورأينا ما يميزه على هذا النحو عن الواقعة القانونية وهى عمل مادى يرتب القانون عليه أثرا معينا ،وأهمية التمييز بينهما ونتائجه .

وقد حظى التصرف القانونى، أو على الاصح العقد وهوصورته الرئيسية، بعناية الفقه التقليدى الذى أعطاه أهمية بالغة بالقياس الى الواقعة القانونية التى كادت تتلاشى أمامه . وقد كان هذا المسلك مردودا فى جانب كبير منه الى التأثر بالمذهب الفردى ، والمغالاة فيما يتفرع عنه من مبدأ سلطان الارادة مغالاة غير مقبولة تأدت بالبعض الى رد كل شىء الى الارادة وهى جوهر التصرف القانونى ، فقيل ان القانون انما يتولد من الارادة العامة فى الجماعة أو من العقد الاجتماعى ، وان الميراث يتولد من وصية ضمنية للمورث ، وان حق المجتمع فى توقيع العقاب على المجرم يتولد من ارادة هذا المجرم ورضاه مقدما بالعقاب (١) .

واذا كان من الواجب التسليم بأهمية التصرف القانونى فى كل نواحى القانون وفروعه ، فلا ينبغى أن يكون ذلك على حساب الواقعة القانونية بما يكاد يحجبها أو يقلل من أهميتها ، فالواقعة القانونية والتصرف القانونى صنوان فى الاهمية من حيث ترتيب الاثار القانونية . وكذلك اذا كان من

---

(١) أنظر فى الاشارة الى منطق هذه المغالاة ، وفى تفنيده :
عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٤٣ و ٤٤ .

الواجب الاعتراف بقدرة الارادة على توليد الاثار القانونية المختلفة ودورها الكبير فى ذلك ، فينبغى أن يظل مفهوما رغم ذلك ان الارادة ليست مطلقة السلطان كل الاطلاق فى ذلك ، فثم قيود ، غدت اليوم متزايدة ، تحد من هذا السلطان كما سنرى .

وعلى اى حال ، فينبغى ان يراعى أن الاهمية البالغة المعطاة فى الفقه التقليدى للتصرف القانونى على حساب الواقعة القانونية، انما كانت منصرفة فى الواقع الى الصورة الرئيسية للتصرف القانونى وهى العقد ، فلم يعن هذا الفقـه بتأصيل نظرية عامة للتصرف القانونى فى ذاته . وقـد سار المشرع المصرى على هـذا النهج . ولـكنه نهج غير سليم ينبغى العـدول عنـه وبناء نظرية عامة للتصرف القانونى فى ذاته ، تؤصل القواعد الكلية التى تحكم التصرف القانونى على اختلاف صوره وتطبيقاته . ويقتضى ذلك الخروج بالتصرف القانونى من النطاق المحدود الذى حصره فيه الفقه التقليدى وهو نطاق نظرية الالتزام (١) . فالواقع أن التصرف القانونى ليس مولدا للحقوق الشخصية اى حقوق الدائنية وما يقابلها من التزامات فحسب ، بل هو يولد كذلك حقوقا أخرى غيرها . فضلا عن أنه لا يقتصر على توليد كل هذه الانواع من الحقوق المختلفة فقط ، بل هو كذلك يولد آثارا أخرى مختلفة من اهمها تعديل هذه الحقوق ونقلها وانقضاؤها .

فالتصرف القانونى يولد الحقوق اساسا : فعقد الزواج ، وهو تصرف قانونى ، يولد حقوق الاسرة وفق النظام القانونى للاسرة . والعقد بوجه عام ، وهو تصرف قانونى بارادتين ، يولد الحقوق الشخصية أى حقوق الدائنية وما يقابلها من التزامات . وكذلك يولد الوعد بجائزة ، وهو تصرف قانونى بارادة منفردة ، حقا شخصيا لمن يقوم بالعمل المتعلق به الوعد .

---

(١) وقد صاغ المشرع الالمانى منذ مطلع القرن الحالى فى صلب تقنينه المدنى نظرية عامة للتصرف القانونى مخرجا أياه من النطاق التقليدى المحدود لنظرية الالتزام . ولكنه اقتصر على ذلك ، فلم يعن بصياغة نظرية عامة للواقعة القانونية (أنظـر كتابنا اصـول القانون ، ص ١٠٤٨ ، ومتن وهامش «٢» ص ١٠٥٧) .

وكذلك يعتبر التصرف القانونى عموما مصدرا مولدا أو مكسبا للحقوق العينية الاصلية ، غير أن قدرته فى هذا الشأن قد أصبحت محدودة مقيدة فيما يتعلق بالعقارات ، حيث يعلق انشاء هذه الحقوق عليها على شهر التصرف بالتسجيل ، حتى ليمكن أن يقال اذن أن مصدر الحقوق العينية الاصلية العقارية مصدر مزدوج أو واقعة مركبة تتألف من العقد وهو تصرف قانونى ومن التسجيل وهو واقعة قانونية أو مادية(١) . وكذلك يعتبر العقد مصدرا لبعض الحقوق العينية التبعية ، وهى الرهن بنوعيه الحيازى والرسمى .

وكذلك يؤدى التصرف القانونى الى نقل الحقوق وتعديلها وانقضائها . فالحقوق الشخصية أى حقوق الدائنية يمكن نقلها عن طريق الحوالة ، وهى اتفاق أو تصرف قانونى بين الدائن وشخص آخر بمقتضاه يخول الدائن لهذا الشخص ما له من حق فى ذمة المدين (م ٣٠٣ مدنى) . والحق الشخصى أو حق الدائنية ينقضى ويستبدل بالتجديد ، وهو تصرف قانونى أو اتفاق بين الدائن والمدين أو بين الدائن والمدين وأجنبى على استبدال حق أو دين جديد بحق أو دين قديم مما ينقضى به الحق أو الدين القديم وينشأ الحق أو الدين الجديد (م ٣٥٢ مدنى ومابعدها).وينقضى حق الدائنية كذلك بالابراء ، وهو تصرف قانونى بارادة منفردة ينزل الدائن بمقتضاه عن حقه قبل المدين دون مقابل (م ٣٧١ و ٣٧٢ مدنى) . والحق العينى ينقضى بنزول صاحبه عنه ، وهو تصرف بارادة منفردة .

وكذلك قد يرتب التصرف القانونى آثارا أخرى . فهو يتخذ وسيلة لتأكيد حق ثابت أصلا وجعله باتا غير قابل للنقض ، كقبول الموصى له الوصية ، وقبول المنتفع ما اشترط لمصلحته ، وهو فى الحالين تصرف بارادة منفردة . وقد يتخذ التصرف القانونى وسيلة لتصحيح تصرف سابق قابل للابطال عن

---

(١) فى هذا المعنى :
محمد سامى مدكور ، ص ٢٢٣ .

طريق الاجازة ممن شرع الابطال لمصلحته ، أو لتغيير الوصف الذى يتصرف بمقتضاه الغير ، كاقرار رب العمل تصرف الفضولى بما يحول الفضولى فى هذا الشأن الى وكيل ، وكل من الاجازة والاقرار كذلك تصرف بارادةمنفردة. وكذلك فارادة الواقف تنشىء الوقف كشخص اعتبارى .

واذا كانت الامثلة السابقة كلها تدخل فى نطاق القانون المدنى أو القانون الخاص بوجه عام ، فلا يعنى ذلك أنه لا دور للتصرف القانونى فى نطاق القانون العام ، بل دوره فيه كذلك كبير واهميته بالغة . ويكفى للدلالة على ذلك التمثيل له فى نطاق القانون العام الداخلى بالتشريع ، واللوائح أو القرارات الادارية التنظيمية ، والقرارات الادارية الفردية (مثل تعيين أو فصل موظف ، أو قبول طلب تجنس) ، والاحكام القضائية ، والمعاهدات فى مجال القانون الدولى ، فهذه كلها تصرفات قانونية تولد حقوقا أو تكشف عنها وتؤكدها او تنتج آثارا قانونية أخرى مختلفة .

٣٦٧ — انواع التصرف القانونى واقسامه

يتنوع التصرف القانونى تنوعا كبيرا وينقسم أقساما عدة بتعدد الاوجه التى ينظر اليه من خلالها . وقد سبق أن اشرنا الى أن التصرف القانونى اذا نظر اليه من حيث الاثر الذى يعود به على صاحبه أو أصحابه قد يكون نافعا نفعا محضا أو ضارا ضررا محضا أو دائرا بين النفع والضرر ، ورأينا كذلك أهمية هذا التقسيم فى شأن ناقصى الاهلية وتحديد ما يملكون اجراءه من تصرفات (١) .

ويتفرع هذا التقسيم فى الواقع عنتقسيم آخر للتصرف القانونى الىتصرف بعوض (acte à titre onéreux) يأخذ فيه المتصرف مقابلا لما يعطى كالبيع والمقايضة والايجار ، وتصرف على سبيل التبرع (acte à titre gratuit) يعطى به المتصرف دون مقابل كالهبة والوصية . وتبدو اهمية هذا التقسيم

---

(١) انظر سابقا ، فقرات ٢٩١ و ٢٩٤ .

بخاصة فى أن المشرع قد يتطلب أحيانا فى المتبرع أهلية خاصة بينما يكتفى فى شأن المعاوض بالاهلية العادية ، وفى أن تصرف المدين على سبيل التبرع لاينفذ فى حق دائنه ولو كان المتبرع له حسن النية ولو ثبت ان المدين لم يرتكب غشا ، بينما اذا كان تصرف المدين بعوض اشترط لعدم نفاذه فى حق الدائن أن يكون منطويا على غش من المدين وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش (م ٢٣٨ مدنى) .

وينقسم التصرف القانونى كذلك ، بالنظر الى وقت نفاذه وترتيب آثاره الى تصرف فيما بين الاحياء (acte entre vifs) وتصرف مضاف الى ما بعد الموت (acte à cause de mort) . والاول ، كالبيع والايجار والهبة ، وهو الاصل فى التصرفات ، ينفذ فى الاصل فى حياة صاحبه أو أطرافه أو لا يعلق نفاذه على موته أو موتهم. بينما الثانى ، كالوصية ، يعلق نفاذه وترتيبه لآثاره على تحقق هذا الموت . وتبدو اهمية هذا التقسيم فى أن للمتصرف بتصرف مضاف الى ما بعد الموت حق الرجوع فى تصرفه قبل وفاته ، وفى أن هـــذا المتصرف ليس مطلق الحرية فى تصرفه حتى لا يضر بورثته ، ولذلك يحدد المشرع عادة نصابا ينحصر التصرف المضاف الى ما بعد الموت فى حدوده .

غير أن ثم تقسيمات أخرى للتصرف القانونى ينبغى أن نعرض لها ببعض التفصيل بالنظر الى أهميتها ودقتها ، هى تقسيم التصرف من حيث تكوينه ومن يصدر عنه الى تصرف من جانب واحد وتصرف من جانبين ، وتقسيمه من حيث دوره ووظيفته الى تصرف منظم وتصرف شرطى وتصرف شخصى أو ذاتى ، وتقسيمه من حيث أثره فى الحقوق الى تصرف منشىء وتصرف كاشف . فنبين فيما يلى كل تقسيم منها وأهميته .

(١) التصرف من جانب واحد والتصرف من جانبين : قد يكفى لقيـــام التصرف القانونى وجود ارادة واحدة أو صدوره من شخص واحد يعمـــل بوصف واحد (١) ، فيقال انه تصرف من جانب واحـــد أو تصرف بارادة

---

(١) فيخرج عن أن يكون تصرفا بارادة منفردة التصرف الذى يصدر من شخص واحد يعمل بوصفين مختلفين فى نفس الوقت. ولذلك يعتبر عقدا تعاقد الشخص مع نفسه باسم من ينوبه =

منفردة ، كالايصـــاء(١) ، والوقف ، والنزول عن الحق العينى ، والوعـــد بجائزة ، وقبول المنتفع ما اشترط لمصلحته ، وقبول الموصى له الوصية ، واجازة العقد القابل للابطال ، واقرار رب العمل تصرف الفضولى ، والقرار الأدارى . وقد يتطلب انعقاد التصرف القانونى توافق ارادتين (أو أكثر) على انتاج الاثر القانونى ، فيقال انه تصرف من جانبين وهو ما يعرف بأسم العقد أو الاتفاق(٢) ، مثل عقد البيع والايجار والعمل والمقاولة وحوالة الحق وتجديد الدين .

ويشيع فى فقه القانون العام ، وعند بعض فقهائه خاصة مثل «ديجى»(٣) انكار وصف العقد أو الاتفاق على بعض التصرفات القانونية المنعقدةبارادتين أو أكثر ، مثل : عقد الزواج ، بحجة ان طرفيه لا يملكان تحديد آثاره ، بل القانون هو الذى يستقل بهذا التحديد . وعقـــد الشركة ، بحجة انه ينظم مصالح متوافقة — لا متعارضة كما هو الاصل — لاطرافه ويولد التزامات متماثلة متبادلة بينهم . وعقد العمل الجماعى الذى يبرم بين نقابة أو أكثر من نقابات العمال وبين صاحب عمل أو أكثر من أصحاب العمل ، بحجة أنه لا ينشىء مراكز شخصية بقدر ما يحدد من مراكز موضوعية ويضع أصولا وقواعد قانونية لتنظيم شروط العمل فى حرفة أو مهنة أو منشأة معينة .

= عنه (راجع فى أحكام تعاقد الشخص مع نفسه : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١، فقرات ٩٥ — ٩٧) .

(١) هذا هو المقرر فى القانون المصرى ، حيث لا ينظر الى قبول الموصى له على أنه ركن لانعقاد الوصية وانما مجرد شرط للزومها فحسب ، فلا تعتبر اذن عقدا من العقود ، ولذلك تنص المادة ٢٠ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على أنه « تلزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصى .. » .

(٢) يجرى بعض الفقهاء على التمييز بين « الاتفاق » وبين « العقد » باعتبار الاول هو الجنس والثانى هو النوع ، بحيث يكون الاتفاق هو توافق ارادتين أو أكثر على ترتيب اثر قانونى بانشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انهائه ، بينما يكون توافق الارادة فى العقد قاصرا على انشاء الالتزام فحسب . ولكن التفرقة بين الاتفاق وبين العقد على هذا النحو غير ذات اهميـة ولذلك يجرى العمل على عدم التمييز بينهما واستعمال أيهما فى الدلالة على نفس المعنى من القدرة على ترتيب اي أثر قانونى كان أى على انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انهائه (فى هذا المعنى : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٣٦ و ٣٧) .

(٣) Duguit, op. cit., t. I, Nos. 37 = 40, pp. 367-425

وأيا كان ما يطلق على مثل هذه التصرفات من تسميات مختلفة كالتصرفات الجماعية (actes collectifs) والتصرفات الاتحادية (unions) ، ورغم ما يوجد من اوجه اختلاف غير منكور بين هذه التصرفات وبين النموذج العادى التقليدى للعقد أو الاتفاق مما يبرر اخضاعها من هذه الوجوه لقواعد خاصة ، فيبقى أن فكرة الاتفاق يمكن أن تتسع لهذه الاشكال والصور جميعا اذااخذنا اصطلاح القانون بمعنـــاه الاعم وهو توافق ارادتين أو أكثر على احـــداث أثر قانونى (١) .

٢ ــ **التصرف المنظم والتصرف الشرطى والتصرف الشخصى** : يـرجع الفضل فى هذا التقسيم الى فقهاء القانون العام اساسا (٢) ، ولذلك اتيح له ان يستقر فى فقه القانون العام قبل القانون الخاص ، وان كان يأخذ طريقه اليوم للدخول الى هذا الفقه الاخير (٣) . وهذا التقسيم مبنى على اختلاف دور التصرف القانونى ووظيفته ، وهو ما ينعكس اثره كذلك على مدى آثاره.

فحيث يكون دور التصرف القانونى هو وضع قواعد قانونية عامة مجردة ابتداء أو التعديل فى القائم من مثل هذه القواعد ، يكون التصرف القانونى منظما (acte - règle) ، مثل التشريع العادى واللوائح الادارية ، وعقد العمل الجماعى ، ونظم الجمعيات والنقابات والشركات .

وحيث يكون دور التصرف القانونى منحصرا فى أن يكون وجوده شرطا أوليا لازما لاعمال أحكام نظام قانونى عام على شخص من الاشخاص ، أو لوضع هذا الشخص فى مركز ينظمه ويحكمه القانون مباشرة ، يكون التصرف شرطيا (acte - condition) . فمثل هذا التصرف اذن لا يملك بذاته تحديد آثاره

---

(١) فى هذا المعنى :
Gény, Science et technique, t. IV, pp. 210, 211.

(٢) انظر فى ذلك بخاصة :
Duguit, op. cit., t. I, Nos. 29, 31, pp. 307 - 315, 325 - 331. — Règlade, Valeur sociale et concepts juridiques, pp. 103 - 105.

(٣) انظر فى ذلك بخاصة :
Colin, Capitant et De La Morandière, op. cit., t. I. 70 70, pp. 66-68.

وانما يحددها القانون وحده مباشرة ، بحيث لا يكون وجود التصرف الا تمهيدا وشرطا لاعمال أحكام القانون وتطبيق نظام قانونى معـــين على شخص أو أشخاص يعينهم التصرف.ومن أمثلة التصرف الشرطى : قرار تعيين الموظف، وقبول التجنس ، وعقد الزواج .

وحيث يكون دور التصرف القانونى انشاء مركز شخصى لاطرافه ، اى مركزا خاصا مؤقتا يعين التصرف نفسه مداه ويحدد آثاره ، يكون التصرف شخصيا أو ذاتيا (acte subjectif) ، مثــل الوصية وعقد البيع والايجار والهبة والعارية والوديعة .

ويراعى فى شأن هذا التقسيم أن الحد الفاصل بين التصرف الشخصى والتصرف الشرطى ليس بالقاطع ، وأنه يدع مجالا للتدخل والاختلاط بين نوعى التصرف ، حيث يضيق مدى سلطان الارادة ويصبح جانب غير قليل من آثار بعض التصرفات القانونية محددا ومحكوما مقدما بمجموع من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام(١) ، وهو ما يكثر فى العصر الحـــديث خاصة أمام ازدياد تدخل الدولة وهيمنتها على توجيه الاقتصاد الوطنى(٢) . وفضلا عن ذلك ، فالقول بأن التصرفات المنظمة تضع قواعد قانونية بالمعنى الصحيح وتعتبر لذلك مصادر للقانون(٣) قول محل نظر ، فانه اذا صدق هذا القول فى شأن بعض صور التصرفات كالتشريع عموما سواء كان دستورا أو قانونا أو لائحة ، فهو محل شك فى باقى صورها الاخرى .

٣ ــ **التصرف المنشىء والتصرف الكاشف** : يقوم هذا التقسيم على أساس تفاوت أثر التصرف القانونى فى الحقوق ، فقد يكون هذا الاثر انشاء للحقوق، وقد يكون كشفا وتقريرا لها . ولذلك فالتصرف القانونى من هذا الوجه اما تصرف منشىء وأما تصرف كاشف أو مقرر .

---

(١) Marty et Raynaud, t. I, No. 122, p. 211

(٢) Colin, Capitant et De la Morandière, t. I, No. 70 p. 67

(٣) Marty et Raynaud, t. I, No. 124, pp. 212 - 214

اما التصرف المنشىء (acte constitutif) ، وهو الغالب فى التصرفات ، فهو الذى من شأنه انشاء حق لشخص من الاشخاص ابتداء أو انتقالا[١] . والتصرف المنشىء ابتداء هو الذى يخلق حقا جديدا أصلا ، كعقد الزواج ينشىء لكل من الزوجين قبـل الآخر — نتيجة اخضـاعهما لنظام الزواج القانونى — حقوقا مبتداة ، والحكم القضائى بتطليق الزوجة على زوجهـا ينشىء للزوجة — واحيانا للزوج — حقوقا مبتداة كذلك . والتصرف المنشىء انتقالا هو الذى ينقل او يحول حقا قائما أصلا من صاحبه الاصلى الى صاحب جديد ، كعقد البيع أو الهبة ينشىء للمشترى أو للموهوب له حقا فى ملكية المبيع أو الشىء الموهوب بنقله اليه من البائع او الواهب ، وينشىء للبائع حقا فى الثمن بنقله اليه من المشترى .

وأما **التصرف الكاشف أو المقرر** (acte déclaratif) [٢] ، فليس من شأنه انشاء حق لشخص من الاشخاص لا ابتداء ولا انتقالا ، وانما هو يفترض اصلا وجود حق قائم من قبل مترتبا على تصرف منشىء سابق . ولكن هذا الحق يعترضه من العقبات ما يجعله غير فعال ، فقد يرد على وجوده الانكار ، او تكون بعض عناصره — رغم التسليم بوجوده — محل منازعة ، أو يرد عليه من الوصف ما يقيده ويحد من مباشرته ، فيحتاج اذن الى التحرر مما يثقله من هذه القيود والعقبات بما يطلق له كامل مفعوليته ، والتصرف الكاشف هو

---

(١) يشيع فى الفقه قصر اصطلاح « التصرف المنشىء » على التصرف المنشىء ابتداء فحسب، والتعبير باصطلاح « التصرف الناقل » (acte translatif) عن التصرف المنشىء انتقالا . ولكن يبدو أنه ، على الاقل فى مجال المقارنة والمقابلة بين هذين النوعين من التصرف من ناحية وبين التصرف الكاشف أو المقرر من ناحية أخرى ، ليس من حرج فى الاكتفاء باصـطلاح « التصرف المنشىء » وصرفه الى الانشاء على سبيل الابتداء والانتقال على السواء ، فهـو يستوعبهما معا ويفيد ما يتحدان فيه من معنى انشاء حق لم يكن للشخص من قبل سواء كان ثابتا أو غيرثابت أصلا لغيره .

(٢) راجع فى ذلك بخاصة :
Chevallier, De l'effet déclaratif des conventions et des contrats, Thèse, Rennes, 1932. — Boyer, La notion de transaction, Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif, Thèse, Toulouse, 1947. — Merle, Essai de contribution à la théorie générale de l'effet déclaratif, Thèse, Toulouse, 1949.

الذى يحقق له ذلك . فالتصرف الكاشف اذن هو الذى يسمح لحق سابق غير فعال بانتاج كل آثاره(١) ، أو هو الذى يطلق لحق سابق كامل مفعوليته بتحريره مما كان يعترضه من عقبات . ومن أمثلة التصرفات الكاشفة : الاعتراف بالبنوة الطبيعية ، والاحكام القضائية فى الاصل ، والصلح ، والقسمة .

فالاعتراف بالبنوة الطبيعية غير الشرعية ، فى الشرائع التى تبيح هذا الاعتراف ، هو السند اللازم الذى كانت تفتقده البنوة الطبيعية القائمة أصلا لانتاج آثارها القانونية(٢) . والاحكام القضائية أحكام كاشفة فى الاصل(٣) ، لانها انماتعترف بحق سابق محلمنازعة فى وجوده أو فى بعض عناصرهوتعطيه ماكان يفتقده من تأكيد أو قوة أو تحديد . والصلح كذلك تصرف كاشف ، اذ هو عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا بأن ينزل كل منهما عن جزء من ادعائه معترفا للآخر فيما عدا ذلك بما يدعيه . فالصلح اذن ليس هو المصدر المنشىء لحق كل من المتصالحين اذ هو سابق على الصلح ، وانما يكشف الصلح عن سبق وجود هذا الحق ويحدده على النحو الذى تنتفى به المنازعة فيه فيكسبه ما كان ينقصه — نتيجة هذه المنازعة — من تأكيد . وقسمة الشىء الشائع كذلك تصرف كاشف(٤) ، فهى لا تنشىء لكل متقاسم حقا جديدا لم يكن له من قبل ، وانما تكشف عن حقه القائم أصلا منذ الشيوع وبنفس سنده(٥) ، ولكن مع تحريره مما كان يثقل مباشرته

---

(١) Merle, Thèse précitée, Nos. 219, 254.
كتابنا أحكام حق الملكية ، ط ٢ ، ١٩٦٥ ، فقرة ١٥٣ ، ص ٥١٠ و ٥١١ .

(٢) أنظر فى ذلك :
Merle, thèse précitée, No. 20

(٣) ولكن استثناء من ذلك ، توجد بعض أحكام قضائية منشئة ، مثل الحكم بالتطليق ، والحكم برسو المزاد ، والحكم بالرجوع عن الهبة .

(٤) راجع فى اعتبار القسمة تصرفا كاشفا ونفى اعتبارها تصرفا ناقلا أو منشئا : كتابنا أحكام حق الملكية سالف الذكر ، فقرات ١٥٢ و ١٥٣ ، ص ٥٠٥ — ٥١٣ .

(٥) فاذا كان الشيوع نتيجة تركة ورثها الشركاء معا أو نتيجة اشتراك منهم فى شراء الشىء الشائع ، فيظل سند حق كل شريك متقاسم بعد القسمة هو سنده قبلها من الارث أو عقد البيع .

فى ظل الشيوع من قيود التزاحم بين الشركاء ، اذ تفرز لكل شريك متقاسم نصيبا ماديا من الشىء الشائع يعادل حصته الرمزية فى الشيوع (١) بحيث يستأثر عليه وحده بكامل سلطات حقه دون مشاركة أو مزاحمة من الباقين.

وتبدو اهمية التفرقة بين التصرفات المنشئة والتصرفات الكاشفة بخاصة(٢) فى أن التصرفات الكاشفة لا تصلح سببا صحيحا لاكتساب الحقوق العينية بالتقادم القصير ، لان السبب الصحيح هو تصرف من شأنه نقل الحق لو أنه كان صادرا من صاحب الحق أى أنه من حيث طبيعته تصرف منشىء ولا يعيبه الا صدوره من غير صاحب الحق .

وكذلك تبدو هذه الاهمية من حيث أثر التسجيل . فبينما يجب تسجيل التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية الاصلية العقارية لكى تنتج هذه التصرفات أثرها فيما بين ذوى الشأن أو بالنسبة الى الغير ، تنتج التصرفات الكاشفة أو المقررة لحق من الحقوق العينية الاصلية العقارية أثرها فيما بين أطرافها دون حاجة الى تسجيل ولكن لا يمكن الاحتجاج بها على الغير الا بتسجيلها (م ٩ و ١٠ من قانون الشهر العقارى) .

٣٦٨ — مبدأ سلطان الارادة وقيوده

اذا كان التصرف القانونى ارادة محضة متجهة الى احداث أثر قانونى ، فمقتضى ذلك الاعتراف للارادة بالقدرة على توليد الآثار القانونية ، وخاصة انشاء الحقوق ونقلها وتغييرها وانقضائها ، ويعبر عن ذلك بمبدأ سلطان الارادة . ولكن من الواضح أنه ليس للارادة مثل هذا السلطان الا اذا كانت كاملة صادرة من ذى أهلية ، وكانت صحيحة مبرأة من عيوب الغلط والخداع

---

(١) كالنصف أو الثلث أو الربع .

(٢) وقد كان الفقه التقليدى يرتب كذلك أهمية اخرى على التفرقة بين التصرفات المنشئة والتصرفات الكاشفة من حيث تميز الاخيرة بأثرها الرجعى . وليس هنا مجال الدخول فى مناقشة هذا الفقه تفصيلا . ولكن يكفى أن نقول أن ما يقيمه من ترادف بين الاثر الرجعى وبين التصرف الكاشف ليس الا محض افتراض . وأنه ليس فى طبيعة التصرف الكاشف ما يحتم رجعيته (انظر خاصة فى نفى الاثر الرجعى للقسمة باعتبارها تصرفا كاشفا ، كتابنا أحكام حق الملكية سالف الذكر ، فقرة ١٥٧ ، ٥٢٨ — ٥٤٠) .

او التدليس والاكراه والاستغلال ، وكان لها محل وسبب مشروع (م ١٣٥ و ١٣٦ مدنى) .

وقد سبقت الاشارة الى ما كان لانتصار المذهب الفردى من اثر فى المغالاة فى اطلاق مبدأ سلطان الارادة . ولكن لم تلبث هذه المغالاة أن تكشفت — أمام تطور الحياة الاقتصادية — عن نتائج ظالمة ، اذ صار مبدأ سلطان الارادة سلاحا فى يد الاقوياء يتحكمون به فى الضعفاء باسم حرية الارادة وسلطانها ، مما مهد لمغالاة عكسية من جانب المذهب الاجتماعى فى اهدار سلطان الارادة أمام سلطان الجماعة والقانون تحقيقا للصالح العام . غير أنه اذا كانت المغالاة فى اطلاق مبدأ سلطان الارادة ليست بالمقبولة ولا العادلة ، فكذلك المغالاة فى اهداره ليست بالمأمونة العواقب . لذلك يتخذ المشرع المصرى موقفا وسطا بين المذهب الفردى والمذهب الاجتماعى فى هذا الشأن ، فيقرر فى الاصل مبدأ سلطان الارادة ، ثم يورد عليه من القيود ما يتوقى خطر اطلاقه دون أن ينتهى الى الغائه .

ولمبدأ سلطان الارادة وجهان متقابلان : كفاية الارادة لانشاء التصرف القانونى ، وقدرة الارادة واستقلالها بتحديد ما يترتب على التصرف من آثار قانونية . فنعرض لكل من الوجهين وقيوده فيما يلى :

١ — كفاية الارادة لانشاء التصرف القانونى : مقتضى مبدأ سلطان الارادة أن مجرد الارادة وحدها تكفى لانشاء التصرف القانونى ، دون شكليات معينة تصحبها . ويعبر عن ذلك بقاعدة الرضائية ، وهى السائدة اليوم فى القانون الحديث كأصل عام . ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة . فثم تصرفات قانونية يحتم المشرع لنشوئها وانعقاها افراغهـا فى شكل معين من الاشكال(١) ، بحيث يترتب على تخلف هذا الشكل بطلان التصرف نفسه بطلانا مطلقا .

---

(١) أما تطلب شكل معين ، كالكتابة ، لاثبات التصرف القانونى ، فليس فى حقيقته قيدا على قدرة الارادة وكفايتها لانشاء التصرف القانونى . اذ يقوم التصرف غير المكتوب وينعقد فى مثل هذه الاحوال بمحض الارادة المجردة من هذا الشكل ، وأن كان تخلف هذا الشكل يجعل اثبات التصرف مستحيلا اذا لم يتيسر اثباته بالاقرار أو اليمين .

ولكن اشتراط الشكلية لانعقاد التصرفات القانونية ليس فى القانون الحديث ، على خلاف الحال فى بعض الشرائع القديمة كالقانون الرومانى ، الا مجــرد استثناء من القاعدة الاصلية وهى قاعدة الرضائية .

٢ — قدرة الارادة على تحديد الآثار القانونية واستقلالها بذلك : مقتضى مبــدأ سلطان الارادة كذلك أن الارادة المنشئة للتصرف القانونى قادرة فى الاصل على تحديد ما يتولد عنه من آثار قانونية وأنها تستقل بهذا التحديد ، بحيث يجب تحديد هذه الآثار كما حددتها الارادة دون تغيير او تعديل . ولكن اطلاق هذا الوجه من مبدأ سلطان الارادة ليس متصورا . فهناك من القيود الكثيرة ما يعتبر فرضه ضروريا لرفع التباين وتحقيق الوحدة فى أمر نظـــام من الانظمة الاساسية فى الجماعة ، أو لكبح جماح انطلاق الارادة فى ترتيب الآثار القانونية والحد من تغليب الصالح الفردى على حساب الصالح العام ، أو لحماية الغير واستقرار المعاملات .

فثم تصرفات قانونية ينعدم سلطان الارادة فى تحديد ما يتولد عنها من آثار قانونية ، بحيث يقتصر دورها على مجرد الاحالة فى شأن هذا التحديد الى نظام قانونى معين يستقل بفرضه القانون ، كما هو الشأن فى التصرفات الشرطية كعقد الزواج .

وواضح ، الى جوار ذلك،أن فكرة النظام العام والآداب تعتبر هى القيد الرئيسى الذى يرد على سلطان الارادة فى ترتيب ما تشاء من آثار قانونية . وقد كان من أثر تراجع المذهب الفردى فى صـــورته المطلقة ، امام تقـــدم وانتشار المذهب الاجتماعى ، ازدياد تدخل الجماعة فى علاقات الافراد كفالة للصالح العام وتحقيقا للتوازن بين قوى الافراد غير المتعادلة ،، مما اتسع معه نطاق فكرة النظام العام اتساعا كبيرا قابلة بالطبيعة انكماش ظاهر فى مدى سلطان ارادة الافراد فى ترتيب الآثار القانونية ، بحيث بات كثير من التصرفات القانونية ــ كعقد العمل الفردى ــ اقرب الى التصرفات الموجهة التى يستقل القانون بتنظيم كل أو جل آثارها .

وكذلك فان وجوب التزام ما تحــدده الارادة من آثار قانونيــة وتنفيذ التصرفات القانونية على هذا النحو من التحديد دون تعديل ، لم يعد اليوم بالقاعدة المطلقة . بل تتجه بعض القوانين الحديثة نحو اعطاء القاضى سلطة واسعة فى تعديل العقود وتغيير ما حددته الارادة من شروط فى أحوال معينة، وفى طليعة هذه القوانين التقنين المدنى المصرى الحالى ، الذى يعطى القاضى هذه السلطة الواسعة فى حالة الظروف الطارئة وفى شأن عقود الاذعان .

فاذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى — وان لم يصبح مستحيلا — صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى — تبعا للظروف وبعــد الموازنة بين مصلحة الطرفين — أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول (م ١٤٧/١ مدنى)(١) .

وكذلك ففى شـــأن عقود الاذعان ، التى يملى فيهــا طرف على الطرف الآخر شروط التعاقد دون أن يقبل مناقشة فيها ، بالنظر الى احتكاره الخدمة أو السلعة محل التعاقد احتكارا قانونيا أو فعليا أو سيطرته عليها سيطرة تحد كثيرا من المنافسة فى شأنها ، كالعقود التى يعقدها الافراد مع شركات الكهرباء والغاز والمياه ، يجوز للقاضى — اذا كانت هذه الشروط تعسفية — أن يعدلها أو أن يعفى الطرف المذعن منها ، وذلك وفقا لمــا تقضى بـــه العدالة (م ١٤٩ مدنى) .

وكذلك اذا كان الاصل هو قدرة الارادة بذاتها على توليد ما تحدده من آثار قانونية ، فقد يخرج المشرع على ذلك فيعلق توليد هذه الآثار أو بعضها على وجوب اتخاذ اجراء من اجراءات الشهر والعلانية للتصرف القانونى حماية للغير واستقرارا للمعاملات.ومن ذلك أن المشرع يعلق انتاج التصرفات

---

(١) وتقنين نظرية الظروف الطارئة بنص صريح يدخلها فى نطاق القانون المدنى المصرى والمعاملات المدنية على هذا النحو المستحدث ، سبقه أخذ القضاء الادارى المصرى بهذه النظــرية داخل نطــاق القــانون الادارى اتبــاعا لنهــج القضــاء الادارى الفرنسى .

القانونية لانشاء أو نقل او تغيير أو زوال الحقوق العينية الاصلية العقارية — سواء فيما بين ذوى الشأن او بالنسبة الى الغير — على تسجيل هذه التصرفات (م ٩ من قانون الشهر العقارى) ، كما يعلق انتاج التصرفات القانونية المنشئة لحقوق عينية عقارية تبعية لاثرها من التتبع والافضلية فى مواجهة الغير على قيدها (م ١٢ من قانون الشهر العقارى) .

الباب الرابع

استعمال الحق

٣٦٩ — استعمال الحق فى تطوره من الاطلاق الى التقييد

قلنا ، عند التفرقة بين محل الحق ومضمونه(١) ، أن مضمون الحق هو تلك المكنات والسلطات التى يخولها الحق لصاحبه . فمضمون حق الملكية مثلا هو تلك السلطات التى يخولها هذا الحق للمالك من استعمال الشىء واستغلاله والتصرف فيه . ومضمون حق المقرض هو قدرته على مطالبة المقترض برد القرض فى الاجل المضروب . ومضمون حق المؤلف هو السلطات التى تثبت للمؤلف على مصنفه ، سواء كانت معنوية تعبر عن ابوته الفكرية او مالية تنحصر فى استغلال المصنف استغلالا ماليا .

وهذه السلطات التى تكون مضمون الحق ، هى التى يستعملها صاحب الحق فى سبيل التمتع بحقه . والاصل أن استعمال هذه السلطات ، بوجه عام ، يحميه القانون ويعصم صاحبه من المسئولية عن نتائجه ، لان الحق انما يستند الى القانون ويستمد وجوده الوضعى منه بحيث يعتبر كل استعمال للحق من جانب صاحبه فعلا مشروعا ما دام يلتزم مضمون الحق وحدود نطاقه كما رسمها وعينها القانون .

ومن هنا ، كان السائد زمنا طويلا أن صاحب الحق يتمتع بحصانة مطلقة فى استعمال حقه ، بحيث لا يكون مسئولا عما يصيب الغير من ضرر

---

(١) انظر سابقا ، فقرة ٣٤٧ .

من جراء هذا الاستعمال . وقد أعان على ترويج الاعتقاد فى هذه الحصانة المطلقة انتشار المذهب الفردى الذى يقوم فقهه فى أساسه على الفرد وحقوقه ولا يعترف بوجود القانون الا لتمكين الفرد من التمتع بحقوقه وكفالة هــذا التمتع له . فالنظرة الى الفرد فى هذا المذهب كانت باعتباره السيد المطلق الذى تسخر الجماعة فى خدمته ، مما استتبع اعتباره صاحب سلطان مطلق فى استعمال حقوقه كما يشاء داخل النطاق المحدد لها دون رقيب أو حسيب .

غير أن المذهب الاجتماعى الذى يقوم فى أساسه على الجماعة وحقوقها لا على الفرد وحقوقه ، قد اتجه وجهة عكسية لوجهة المذهب الفردى فىهذا الصدد ، فذهب غلاة أنصاره الى انكار فكرة الحق واعتباره مجرد وظيفة اجتماعية لا تخلع على صاحبها امتيازا بل تفرض عليه التزاما الى حد القول بأنه « ليس لاحد من حق الا فعل واجبــه » ، بحيث يكون صاحب الحق كالموظف موكلا باستعمال هذه الوظيفة كما حددتها الجماعة بما يكفل تحقيق الصالح العام وهو الهدف الاساسى لكل مجتمع .

وظاهر ما يوجد من مغالاة من جانب كل من المذهبين فى النظرة الى الحق واستعماله ، فاسباغ حصانة مطلقة على صاحب الحق فى استعماله يجعل الحق فى يده أداة طيعة مشروعة للاضرار بغيره فى سبيل تحقيق اغراض غير مشروعة ، واعتبار الحق وظيفة اجتماعية خالصة يلغى فكرة الحق الغاء يمحو كيان الفرد واستقلاله .

من اجل ذلك ، يذهب الفقه الحديث والتشريعات الحديثة فى مجموعها مذهبا وسطا بين النزعتين المتطرفتين ، يتخذ مظهره فى النظرية المعروفة باسم « نظرية التعسف فى استعمال الحق » . فهذه النظرية تقيم التوازن بين صالح الفرد وصالح الجماعة ، فلا تلغى فكرة الحق بتحويله الى وظيفة اجتماعية خالصة ، بل تعترف بالحق وبحرية صاحبه فى استعماله بما يعود عليه من نفع ، ولكنها تقيد هذه الحرية حتى لا تندفع بصاحب الحق الى

تحقيق اغراض أو أهداف غير مشروعة ، فتضع رقابة على استعمالة لحقة بما يضمن مشروعية هذا الاستعمال .

وبذلك تبدلت النظرة الى استعمال الحق فلم بعد هذا الاستعمال مطلقا متروكا الى محض تقدير صاحب الحق يمارسه لتحقيق اغراض غير مشروعة ، وانما أصبحت حماية القانون مبسوطة على الاستعمال المشروع وحده . أما الاستعمال المنحرف الذى يحيد به صاحب الحق عن طريقه الطبيعى ويخلق من الحق فى يده سلاحا يرفعه فى وجه الجماعة وصالحها ، فلا يستأهل حماية القانون ، مما يحتم مساءلة صاحب الحق عما يصيب الغير من ضرر من جراء هذا الاستعمال المنحرف غير المشروع أو منعه أصلا من الاقدام على مثل هذا الاستعمال.وبذلك استقر مبدأ رقابة الحقوق وتقييدها ، وأصبحت « نظرية التعسف فى استعمال الحق » التى تعبر عن هذا المبدأ نظرية أساسية مستقرة كذلك . فنعرض لهذه النظرية فيما يلى .

فصل وحيد

نظرية التعسف (١) فى استعمال الحق (٢)

La théorie de l'abus de droit

٣٧٠ – الاصول التاريخية للنظرية ، واستقرارها فى القانون الحديث
اذا كانت نظرية التعسف فى استعمال الحق قد كتب لها التبلور والاستقرار كنظرية عامة في العصر الحديث ، فلا يعني ذلك أنهـا نظرية مستحدثة لم تعرفها الشرائع القديمة ، بل الواقع ان جذورها تمتد الى المـاضى البعيد بحيث نجـد اصولها التاريخيـة مرتدة الى القانون الرومانى والشريعـة

---

(١) تسمية هذه النظرية على هذا النحو هى التسمية السائدة . ولكن توجد تسميات أخرى قد تكون أظهر فى الدلالة على ما تعنيه هذه النظرية – كما سنرى – من ارتهان استعمـال الحق بغايته أوقيمتهالاجتماعية ، مثل تسميتها بنظرية « روح الحقوق ونسبيتها » كما يفعل بعض الفقهاء الفرنسيين مثل « جوسران » . ولكننا آثرنا رغم ذلك الابقاء على التسـمية السائدة ، لانها قد اكتسبت – بشيوعها وقدمها – حجيـة واستقرارا فى الاذهان ليس من الصالح زعزعته بتغيير الاصطلاح .

(٢) راجع فى هذه النظرية بخاصة :

Porcherot, De l'abus de droit, thèse, Dijon, 1901. — Josserand, De l'abus des droits, 1905. — Bardesco, l'abus de droit, thèse, Paris, 1913. — Perrochet, Essai sur la théorie de l'abus du droit dans ses rapports avec la responsabilité pour actes illicites, thèse, Neuchâtel, 1920. — Campion, De l'exercice antisocial des droits subjectifs, La théorie de l'abus des droits, Bruxelles, 1925. — Markovitck, La théorie de l'abus des droits en droit comparé, thèse, Lyon, 1936. — Josserand, De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits, 2ème éd., 1939. — Hassan Kira, La théorie de l'abus de droit en droit français et en droit égyptien, thèse Paris, 1952, (dactylographiée).

أنور سلطان ، نظرية التعسف فى استعمال حق الملكية ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة ١٧ ، العدد الاول ،ص ٧١ – ١٣٦ . – حسين عامر ، نظرية سوء استعمال الحقـوق ، ١٩٤٧ . – كتابنا أصـول القانون ، فقـرات ٣٩٩ – ٤١٦ ، ص ١٠٧٩ – ١١٦١ . – ودروسنا غير المطبوعة فى « نظرية التعسف فى استعمال الحق » لطلبة دبلوم الدراسات العليا للقانون الخاص بجامعة الاسكندرية عام ١٩٥٩/١٩٦٠ .

الاســلامية . فالقانون الرومانى ، وان لم يتبن نظــرية عامة للتعسف فى استعمال الحق ، الا أن من المؤكد أنه قد عرف — فى صدد بعض الحقوق — فكرة التعسف فى صــورتها البدائية الضيقة وهى صــورة تعمد الاضرار بالغير (١) . والشريعة الاسلامية مكنت لفكرة التعسف فى استعمال الحق (٢) واعطتها أوسع تصوير ممكن وصلت اليه الشرائع والمذاهب الفقهية الحديثة. فالحقوق فى نظر فقهاء هذه الشريعة ليست الا منحة من الله وهو المشرع الاسمى ، يمنحها لعباده من أفراد الناس لتحقيق غاية معينة ، بحيث يبدو طبيعيا وجوب استعمال الحقوق وفق هذه الغاية . ولذلك لم تنحصر فكرة التعسف عند فقهاء الشريعة الاسلامية فى صورة تعمد الاضرار بالغير على النحو الذى كانت عليه فى القانون الرومانى ، بــل اتسعت لتشمل صورا أخرى : كتخلف المصلحة عند صاحب الحق ، والضرر العــام ، والضرر الفاحش الذى ينجم عن استعمال الحق(٣) .

وقد اتيح لفكرة التعسف فى استعمال الحق أن تنتقل من القانون الرومانى الى القانون الفرنسى القديم ولكن على نحو أكثر اتساعا ، اذ أصبح التعسف متحققا — لا باستعمال الحق بنية الاضرار وحسب — بل كذلك باستعماله دون مصلحة لصاحبه(٤) . ولكن هذه الفكرة لم تلبث أن انتكست وتراجعت

---

(١) فى هذا المعنى :

Perrochet, thèse précitée, p. 59. — Mazeaud, Traité de la responsabilité, t. I, No. 555. — Notre thèse précitée, p. 4.

كتابنا سالف الذكر ، ص ١٠٨١ .

(٢) راجع ، بخاصة ، فى فكرة التعسف فى استعمال الحق فى الشريعة الاسلامية :

Fathy, La doctrine musulmane de l'abus des droits, thèse Lyon, 1913.

السعيد مصطفى السعيد ، فى مدى استعمال حقوق الزوجية وما تتقيد به فى الشريعة الاسلامية والقانون المصرى الحديث (دراسة فى نظرية سوء استعمال الحقوق) ، رسالة من القاهرة ، ١٩٣٦ ، وبخاصة ، ص ٢٤ — ٤٢ . — صبحى محمصانى ، النظرية العامةللموجبات والعقود فى الشريعةالاسلامية ، الجزء الاول ، ١٩٤٨ ، ص ٤١ — ٥٣ .

(٣) Fathy, thèse précitée, Nos. 153 et s.

(٤) Mazeaud, op. cit., t. I, No. 556. — Planiol, Ripert et Esmein, Traité pratique de droit civil français, t. VI, 2e éd., 1952, No. 573.

أمام انتصار النزعة الفردية على يد الثورة الفرنسية فى أواخر القرن الثامن عشر. وكان طبيعيا أن يتأثر التقنين المدنى الفرنسى الصادر غداة هذه الثورة فى مطلع القرن المـــاضى بهذه النزعة ومااتعلنه من فكرة سيادة الفرد وحريته الكاملة وخاصة فى استعمال حقوقه استعمالا مطلقا دون تعقيب عليه فى ذلك من قبل القضاء .

ولانعيد القول فى انتقاد المذهب الفردى ولافيما جره تطبيقه من نتائجظالمة كثيرة ، فقد فصلنا ذلك من قبل . وانما يعنينا فى هذا المقام أن تكاثر الهجوم على المذهب الفردى وابتداء ظهور الدعوة للمذهب الاجتماعى ، لم يلبث أن حمل القضاء الفرنسى منذ أواسط القرن المـــاضى — رغم عبارات النصوص المشبعة بروح الفردية ومعنى اطـــلاق الحقوق — على فرض رقابته على استعمال الحقوق ، وعلى مواصلة السير فى طريق هذه الرقابة والتوسعة فيها ، مما انتهى فى مطلع القرن الحالى — بمعونة الفقه وتأصيله — الى احياء ما اندثر من فكرة التعسف فى استعمال الحق ، واستخلاص نظـــرية عامة كاملة وواسعة لها تجاوز النطاق المحدود الذى كانت عليه فى القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم . ولم يلبث المشرع الفرنسى أن اعتنق نظرية التعسف ، ان لم يكن بنص يفرض مبدأ عاما ، ففى الاقل بنصوص تتضمن تطبيقات خاصة(١) لمثل هذا المبدأ الذى جرى عليه القضاء وأصـــله الفقـــه من قبـــل .

ثم اطرد واستقر الاخذ بنظرية عامة للتعسف فى استعمال الحق فى كثير من القوانين الحديثة ، سواء باجتهادات قضائية جريئة أو بنصوص تشريعية صريحة . ومن بين هذه القوانين القانون الالمانى والسويسرى والسوفيتى(٢) واللبنانى(٣) والمصرى .

---

(١) أنظر فى ذلك :

Mazeaud, op. cit. t. I. No. 558.

(٢)أنظر كتابنا سالف الذكر ، ص ١٠٨٦ .

(٣) أنظر كتابنا المدخل الى القانون وبخاصة القانون اللبنانى والمصرى ، بيروت ، ١٩٦٧ ، ص ٨٨٥ و ٨٨٦ و ٩٠٠ و ٩٠١ و ٩٠٧ — ٩١١ .

ففى القانون المصرى ، ورغم عدم اشتمال التقنين المدنى القديم الا على بضعة نصوص قليلة تأخذ بتطبيقات فردية لنظرية التعسف ، لم يتردد القضاء المصرى حينئذ فى اعتناق هذه النظرية والتوسع فى تطبيقها ، والسير بذلك فى الطريق الذى اختطه الفقه الاسلامى منذ قديم واتبعه القضاء والفقه الفرنسى فى العصر الحديث . لذلك عنى التقنين المدنى الحالى بتقنين مسلك القضاء المصرى فى هذا الصدد وتقرير نظرية عامة للتعسف فى استعمال الحق أحلها مكانا بارزا بين نصوصه التمهيدية ، فنص فى المادة الرابعة على أن «من استعمل حقه استعمالا مشروعا لايكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر ».وعرض فى المادة الخامسة لضوابط التعسف ومعاييره التى تجعل استعمال الحق غير مشروع ، فنص على أن « يكون استعمال الحق غير مشروع فى الاحوال الآتية : (أ) اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير (ب) اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . (ج) اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها غير مشروعة » .

ولم يكتف المشرع المصرى بتقرير نظرية عامة للتعسف فى استعمال الحق على هذا النحو ، بل جرى كذلك على النص على تطبيقات خاصة لها متعددة (١) .

٣٧١ — منهج البحث

يثير البحث فى نظرية التعسف فى استعمال الحق أول ما يثير مشكلة تحديد ماهية التعسف وتأصيله ، حتى يمكن على هدى ذلك تمييز فكرة التعسف عما قد يشتبه بها من أفكار أخرى وتحديد موضع نظرية التعسف ومدى تبعيتها لنظرية المسئولية التقصيرية أو استقلالها عنها . فاذا فرغنا من ذلك ، تعين

---

(١) فمن ذلك نصه على انه « اذا فسخ (عقد العمل) بتعسف من احد المتعاقدين ، كان للمتعاقد الاخر .. الحق فى تعويض ما أصابه من ضرر .. » (م ٢/٦٩٥ مدنى) . وعلى أنه « ... ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوى ، أن كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط » (م ٢/٨١٨ مدنى) .

الوقوف على معايير التعسف وضوابطه . ثم ينبغى بعد ذلك تحديد محل التعسف تحديدا دقيقا يحصر نظرية التعسف فى نطاقها الحقيقى وينأى بها عن كل تضخم وهمى دخيل عليها . ويبقى بعد ذلك الكلام فى اثبات التعسف وفى جزائـه .

المبحث الأول

تأصيل التعسف وموضع نظريته

٣٧٢ — الربط بين التعسف والخطأ داخل دائرة المسئولية التقصيرية — مناقشة هذا الاتجاه ورفضه

يرد الاتجاه السائد عند جمهور الفقهاء الى اليوم « التعسف » الى فكرة الخطأ ، ويستبقى على هذا الاساس نظرية التعسف فى استعمال الحق داخل دائرة المسئولية التقصيرية(١) . ولكن انصار هذا الاتجاه تتفرق بهم المذاهب فى سبيل تبرير ذلك على النحو الذى نعرضه ونناقشه فيما يلى :

١ — مذهب التسوية بين « التعسف فى استعمال الحق » وبين « مجاوزة الحق » : ظهر الخلط بين فكرة « التعسف فى استعمال الحق » L'abus de droit وبين فكرة « مجاوزة الحق أو الخروج عنه » Le dépassement de droit ، منذ حاول جانب من الفقه الفرنسى فى مطلع القرن الحالى تأييد مسلك القضاء الفرنسى فى محاربة الاستعمال التعسفى للحقوق عن طريق تطويع النصوص القائمة فى المسئولية التقصيرية لتقبل واستيعاب فكرة التعسف . وكان ايسر سبيل الى ذلك هو القول بأن فكرة التعسف ليست بالفكرة الجديدة او المستقلة التى تحتاج فى تقريرها أو تأكيدها الى نصوص قانونية جديدة تضيف أو تعدل فى النصوص القائمة ، لان التعسف فى استعمال

---

(١) وهى المسئولية التى تتحقق فى جانب من يرتكب خطأ يسبب ضررا للغير ، وتلزمه بتعويضه (م ١٦٣ مدنى مصرى) .

الحق ليس الا خروجا عنه ، والخروج عن الحق عمل غير مشروع (acte illicite)يندرج — دون جدال — تحت أحكام المسئولية التقصيريةالتقليدية .

وقد تزعم هذا المذهب ودافع عنه ببراعة الفقيه الفرنسي الكبير «بلانيول» (Planiol) . ومنطقه فى ذلك أن الحق ينتهى حين يبدأ التعسف ، فلا يوجد ثم استعمال تعسفى لحق ما ، لذلك السبب البديهى من أن نفس الفعل لا يمكن أن يكون فى آن واحد موافقا للقانون ومخالفا له . فاذا كان هناك تعسف فى سلوك الافراد ، فلا يكون ذلك حينما يستعملون حقوقهم وانما حين يجاوزونها أو يخرجون عنها . اذ الحقوق ليست مطلقة ، بل هى مقيدة فى أغلبها بحدود تحد من نطاقها وشروط تقيد من استعمالها ، والخروج عن هذه الحدود أو عدم مراعاة تلك الشروط معناه العمل دون حق (١) .

ولكن منطق هذا المذهب ، رغم وجاهته البادية ، منطق شكلى يتلاعب بوحدة اصطلاح « الحق » و « القانون » فى اللغة الفرنسية (٢) ، ليظهر تناقضا منطقيا بين اعتبار الفعل التعسفى مخالفا للقانون واستمرار اعتباره داخلا فى حدود الحق واستعمالا له . وما من شك فى أن الفعل الواحد يستحيل أن يكون موافقا للقانون ومخالفا له فى نفس الوقت . ولكن ليس ما يمنع من أن يكون الفعل الواحد موافقا لحق من الحقوق لانه يدخل فى نطاقه ومضمونه ، ومخالفا فى آن واحد للقانون فى مجموعه(٣) ، وهذا هو جوهر فكرة التعسف فى استعمال الحق ومعناه .

ففكرة التعسف انما تفترض وجود فعل يدخل فى حدود مضمون الحق فيكون مشروعا فى ذاته لانه سلطة من السلطات التى يخولها الحق لصاحبه ، ولكنه ينقلب معيبا أو غير مشروع لانحراف فى غرضه أو نتيجته . والتعسف

---

(١) Planiol, Traité élémentaire de droit civil, t. II, 10 e. éd. 1932, No. 871.

(٢) وهو اصطلاح Le droit .

(٣) Josserand, op. cit., No. 245

على هذا النحو ، يتميز تميزا واضحا عن مجاوزة الحق أو الخروج عنه ، الذى يفترض بداهة عملا يجاوز حدود مضمون الحق فلا يعتبر بحال من الاحوال مشروعا فى ذاته . فالفارق اذن ظاهر بين العمل التعسفى وبين العمل المجاوز للحق ، اذ بينما يكون الاول مشروعا فى ذاته ولكنه معيب فى غرضه أو نتيجته ، يكون الثانى غير مشروع فى ذاته أصلا . فالمالك الذى يجور على ملك جاره ويبنى فيه ، انما يأتى عملا مجاوزا لحقه وخارجا عن حدود مضمونه ، فيكون عمله غير مشروع فى ذاته . بينما المالك الذى يبنى جدارا فى ملكه ولكنه يرتفع بالجدار ارتفاعا شاهقا لمجرد الاضرار بجاره ومنع الضوء والهواء عنه ، انما يتعسف فى استعمال حق ملكيته دون أن يجاوز حدود هذا الحق بحال من الاحوال ، لان حقه يخول له البناء فى ملكه، فمجرد بنائه فيه يعتبر عملا مشروعا فى ذاته لأنه داخل فى حدود مضمون حقه ، ولكنه يعتبر تعسفيا رغم ذلك لما يشوبه من عيب وانحراف فى غرضه مأتاه مجرد الرغبة فى استخدام هذه السلطة المشروعة التى يخولها له حقه فى الاضرار بغيره .

وعلى هذا النحو ، يجب التمييز بين صورة « الخروج عن الحق » وصوره « التعسف فى استعمال الحق » . فالمشكلة التى تثيرها الصورة الاولى انما تتعلق بمضمون الحق،فيكون الفعل المجاوز للحق فعلا غير مشروع فى ذاته ، بحيث يتوجه التحريم أو الجزاء اليه ذاتيا ويمتنع الاتيان به امتناعا مطلقا . بينما المشكلة التى تثيرها الصورة الثانية تتعلق بغاية الحق لا بمضمونه ، فلا ينصرف عدم المشروعية الى ذات الفعل التعسفى وانما الى غرضه ، بحيث يتوجه التحريم أو الجزاء الى غرضه المنحرف فحسب دون مساس بمضمون الحق أو السلطة الوارد عليها التعسف . ولذلك يظل لصاحب الحق — رغم الحكم بالجزاء على فعله المكون للتعسف — القدرة على معاودة ذات الفعل دون خطر التعرض للجزاء ، طالما يبتغى به حينئذ غرضا غير مشوب(١) .

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك :

Notre thèse précitée, pp. 175-177.

وما دامت فكرة التعسف لا تمس مضمون الحق وانما تمس غايته ، فمن غير المقبول اذن القول بأن تحريم الاغراض المنحرفة فى استعمال الحق يضيف حدا جديدا الى حدود الحق المادية الاصلية بحيث يعتبر خرقة كخرقها خروجا عن الحق ، اذ حدود الحق انما تنصرف الى مضمونه وسلطاته وهما لا يتغيران بفرض رقابة على أغراض استعماله(١) .

وعلى أى حال فقد بات مستقرا اليوم عند جمهور الفقهاء(٢) التمييز بين « التعسف فى استعمال الحق » وبين «الخروج عن الحق أو مجاوزة الحق». ولذلك اذا أريد استبقاء فكرة التعسف فى نطاق المسئولية التقصيرية ، فينبغى البحث عن أساس آخر غير الزعم باعتبار التعسف خروجا عن الحق أو مجاوزة له .

٢ — مذهب التسوية بين التعسف وبين الخطأ التقصيرى : يرى هذا المذهب فى التعسف فى استعمال الحق تطبيقا عاديا من تطبيقات الخطأ المولد للمسئولية التقصيرية(٣) . ذلك أنه اذا كان الخطأ فى المفهوم الحديث انحرافا فى السلوك المألوف للشخص العادى ، فهو متصور فى استعمال

---

(١) Notre thèse précitée, pp. 178, 179

(٢) انظر خاصة :

Porcherot, thèse précitée, p. 106. — Bonnecase, op. cit., t. III, Nos. 226, 227. — Josserand, op. cit., Nos. 245 - 247, 261. — Rouast, Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés, Rev. trim. de droit civil, 1944, pp. 1 et s.v.p. 4, No. 5. — Dabin, pp. 271, 285. — Notre thèse précitée, pp. 172-183.

عبدالرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٥٤٤ و ٥٥٦ . — أنور سلطان ، المقالة السابقة ، ص ٩٩ .

(٣) انظر ، بخاصة ، فى الاخذ بهذا المذهب :

Jannot, De la responsabilité civile par suite de l'abus du droit, thèse, Dijon, 1906, p. 140. — Mazeaud, Traité de la responsabilité, t. I, Nos. 563, 564, 576 - 581. — Colin, Capitant et De La Morandière, t. II, No. 234.

عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٥٥٢ و ٥٥٧ و ٥٥٩ . — احمد حشمت أبوستيت ، نظرية الالتزام ، ج ١ ، ١٩٥٥ ، فقرات ٤٣٣ — ٤٤٤ . — عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، ١٩٥٨ ، فقرات ٤٣٥ — ٤٤٥ . — اسماعيل غانم ، ص ١٦٤ — ١٦٧ .

الحقوق تصوره فى ممارسة الرخص العامة على السواء . واذا كانت هذه الحقيقة قد حجبها ما كان سائدا فى القرن الماضى من مبدأ اطلاق الحقوق ، فلم يعد ثم ما يمنع اليوم من اعلانها وتأكيدها ، بعد أن اندثر هذا المبدأ وبات من المسلم فرض رقابة على استعمال الحقوق . فارتفع بذلك التناقض المنطقى المزعوم بين الخطأ وبين استعمال الحق .

واذا كان من غير المنكور ما يمتاز به هذا المذهب من وضوح ، وما يحققه من وحدة أحكام المسؤلية الناشئة عن ممارسة الرخص العامة وتلك الناشئة عن استعمال الحقوق ، وما ييسره من أمر تحديد معيار التعسف بالاكتفاء برده الى معيار الخطأ التقصيرى المعروف وهو الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادى ، الا أن كل هذه الميزات من الوضوح والتحديد والتيسير انما تتحقق على حساب فكرة الحق وفكرة الخطأ نفسها .

فمركز صاحب الحق فى استعمال حقه ، لا ينبغى أن يسوى بمركز الشخص فى ممارسة رخصة من الرخص العامة ، حتى يقال أن التعسف فى الصورة الاولى هو ذات الخطأ فى الصورة الثانية . ففى مجال الحريات او الرخص العامة حيث يقف الجميع على قدم المساواة ويستعملون نفس الحريات والرخص فى نفس الوقت ، لايحتاج الامر الا الى التنسيق فى هذا الاستعمال الجماعى المتعاصر،وهو ما لايتحقق الا بالتزام كل فرد قبل الآخرين بالعمل بتبصر ويقظة وحيطة حتى لايحد ممالهم من نفس الحريات المماثلة.أما فى مجال الحقوق ، حيث صاحب الحق ذو مركز ممتاز بالنسبة الى الباقين لما يختصه به القانون على محل معين من سلطة استئثارية يملكها دون غيره، فيجب التأكد من أن هذه السلطة سوف تستخدم لتحقيق الغاية المعطى من اجلها الحق لا لمناقضتها ، وهو ما يقتضى قياس مسلك صاحب الحق فى استعمال حقه وفق هذه الغاية المعينة لا وفق فكرة الحيطة او اليقظة العامة، مما يعنى امكان توافر التعسف كلما انحرف صاحب الحق فى استعماله عن غايته حتى ولو لم يكن قد اخل بواجب الحيطة واليقظة العادية ذلك الاخلال الذى يكون الخطأ فى المعنى الفنى الدقيق . وبذلك يوجد التعسف ولو لم

تتوافر له مقومات الخطأ . فلا يغنى اذن عن صـــاحب الحق شيئا ما قد يتخذه فى استعمال حقه من حيطة وتبصر ويقظة تنفى عنه الخطأ ، اذا كان بهـــذا الاستعمال يناقض غاية الحق . وعلى هـــدى ذلك ، يتوافر لفكرة « التعسف » أساس ووجود مستقل عن فكرة « الخطأ » وبمعزل عنهـــا ؛ فبينما يعنى « التعسف » تخلف غاية الحق أو مناقضتها ، يعنى « الخطأ » الانحراف عن السلوك المـــألوف(١) . والقول باعتبـــار التعسف تطبيقا من تطبيقات الخطـــأ ، يتجاهل ما للحق من غاية يجب الاعتـــداد بها فى وزن استعماله ، ويقحم على الخطأ فكرة لا تدخل فى مدلوله الدقيق .

واستقلال فكرة التعسف عن فكرة الخطأ أمر يحتمه كذلك كون التعسف — فيما يولده من مسئولية صاحب الحق — انما يولدها داخل دائرة المشروعية ورغما عنها ، بينما يولد الخطأ المسئولية خارج دائرة المشروعية أصلا(٢) . والقول بتسوية التعسف بالخطأ يتنافى كذلك مع تمييز أصحابه(٣) فى نفس الوقت بين « التعسف فى استعمال الحق » وبين « مجاوزة الحق » ، اذ ما فائدة مثل هذا التمييـــز اذا كانت نهاية المطـــاف هى تسوية صـــــورة « التعسف » بصورة « المجـــاوزة » فى التوافر على معنى الخطـــأ ؟ .وألا يفرض منطق التمييز بينهما رد المسئولية الناشئة عنهمـــا الى مصـــدرين مختلفـــين ؟ .

٣ — مذهب اعتبار التعسف نوعا متميزا من الخطـــا : حاول جانب من الفقه(٤) تأصيل التعسف على نحو أقل استهدافا للنقد من التأصيل السابق

---

(١) Notre thèse précitée, pp. 186, 187

(٢) Notre thèse précitée, pp. 187, 188

(٣) أنظر خاصة :
Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 550, 551.

(٤) انظر خاصة :
Cézar-Bru et Morin, La faute, le risque et l'abus du droit, Annales des Facultés de droit et des lettres d'Aix, 1906, t. II, pp. 63 et s. — Demogue, Traité des obligations en général, t. IV, Nos. 678, 686. — Josserand, op. cit., Nos. 260 - 262, 298.

ولكن دون الخروج به من دائرة المسئولية التقصيرية ، فاعتبروا التعسف نوعا متميزا من الخطأ أو خطأ ذا طبيعة خاصة (sui generis) يستقل من حيث المناط والنطاق عن الخطأ العادى التقليدى ، اذ هو خطأ يرتهن بروح الحق وغايته الاجتماعية(١) ، وهو ما يخرج به عن مدلول الخطـأ العادى ويثير مشكلة ضمير جماعى لا مشكلة ضمير فردى كالخطـأ التقليدى(٢) ، فهو اذن خطأ خاص أو « خطأ اجتماعى » (faute sociale) يتحقق بالانحراف عن غاية الحق الاجتماعية .

ويجب الاعتراف بأن هذا المذهب يمثل خطوة تقدمية بالنسبة الى مذهب تسوية التعسف بالخطأ العادى ، اذ يؤصل التعسف على نحو أكثر احاطة بحقيقة مدلوله وصلته بغاية الحق ، ولكن عيبه الاساسى ينحصر فى توقفه فى منتصف الطريق وقعوده عن الوصول الى النتيجة الحتمية التى يقود اليها منطق مقدمته . ذلك أنه اذا كانت فكرة الخطأ بمعناه التقليدى قاصرة فى نظر هذا المذهب عن الاحاطة بفكرة التعسف ، لارتباط هذه الفكرة الاخيرة بغاية الحق التى يخرج البحث فيها عن نطاق فكرة الخطأ العادى ، فلا يوجد أى معنى للتشبث بفكرة الخطأ ومحاولة ابتداع نوع متميز منه للدلالة على ما تعنيه فكرة التعسف . وليس من فائدة تعود من القول بازدواج الخطأ على هذا النحو فى نطاق نفس المسئولية . فيصبح من الواجب اذن اطراح فكرة الخطـأ والخروج من دائرة المسئولية التقصيرية للبحث خارجها عن أساس مستقل للتعسف(٣) .

٢٧٣ — ارتباط التعسف بفكرة الحق ، واستقلاله بنظرية عامة خارج دائرة المسئولية التقصيرية

ينبغى ، للوصول الى تأصيل صحيح لفكرة التعسف فى استعمال الحق

---

(١) Josserand, op. cit., No. 261, pp. 359, 360; No. 298, pp. 405, 406

(٢) Cézar-Bru et Morin, article précité, p. 100

(٣) Notre thèse précitée, pp. 196-199

وتحديد سليم للموضع الطبيعى لنظرية التعسف ، اطراح الظـــروف التى صاحبت فى القانون الحديث ظهور فكرة التعسف ، وفرضت نفسها من قبل أى تدخل تشريعى على الفقه والقضاء لاعطاء التعسف تأصيل الخطـــأ واستبقائه داخل دائرة المسئولية التقصيرية . ذلك ان اطراح النزعة الفردية بما كانت تستتبعه من مبدأ حصانة صاحب الحق فى استعمال حقه ، اضطرت الفقه والقضاء — امام خلو التشريع فى أول الامر من نص يقرر كمبـــدأ عام مساءلة أصحاب الحقوق عن انحرافهم فى استعمالها — الى التماس أساس مقبول ومسلم من صلب نصوص التشريع القائم لفرض رقابة على استعمال الحقوق . ولم يكن ثم أفضل ولا أقرب فى هذا الشأن من الاســـتناد الى النصوص المقررة للمسئولية التقصيرية ، واعتبار التعسف ضربا من الخطأ العادى — سواء بالنظر الى التعسف كخروج عن الحق أو غير خروج عنه — أو نوعا خاصا من الخطأ قائما بذاته. وبذلك لم يكن الاستناد حينئذ الى الخطأ لتبرير تعقب التعسف فى استعمال الحقوق ومنعه الا مجرد تبرير مرحلى ، يحجب الثورة على الاصول القانونية التقليدية فى غيبة النص التشريعى على مبدأ عدم التعسف . أما وقد دخلت القانون الحديث اليوم نصوص تشريعية تعلن هذا المبدأ بما يجعل منه أصلا من الاصول القانونية المقررة ، فقـــد أصبح من الواجب تخطى هذه المرحلة وامعان النظر فى جوهر فكرة التعسف وحقيقتها .

والواقع أن فكرة التعسف ترتبط اساسا بفكرة الحق وما يمثله من قيمة معينة يعترف بها القانون ويحميها لغـــاية معينة ، اذ بذلك ترتهن حماية القانون للحق وصاحبه بالتزام هذه الغاية وترتفع بالانحراف عنها . ذلك أن الحقوق — بما تخول من سلطات استئثارية معينـــة لبعض الاشخاص دون بعض أو على حساب بعض ، وبمـــا تؤدى اليه من وضع الافراد فى مراكز غير متساوية قبل بعضهم البعض — لا يتصور أن تكون مقررة بوصفها غاية فى ذاتها وانما بوصفها وسيلة لادراك غاية معينة . وهو ما يرهنها — بوصفها تمثل قيما اجتماعية يحميها القانون — بتحقيق هذه الغاية أو عدم

مجافاتها ، بحيث تظل حماية القانون مبسوطة عليها أو ترتفع عنها بحسب مدى مطابقة استعمالها أو مناقضته لغايتها . وبذلك يتفرع عن اعتبار الحقوق وسائل لاغايات اعتبارها من حيث الاستعمال نسبية لا مطلقة ، وهو ما يقتضى اخضاع استعمالها لرقابة القضاء بما يضمن منع التعسف فيه بالخروج به عن غاياتها . ولذلك فان « التعسف » يتوافر اذا انحرف صاحب الحق فى استعماله عن غايته ، حتى ولو لم يكن قد اخل بواجب الحيطة واليقظة العادية ذلك الاخلال الذى يكون الخطأ فى المعنى الدقيق ، وهو ما يفصم بين « التعسف » و « الخطأ » ويخرجه بالتالى من دائرة المسئولية التقصيرية ليستوى مبدأ عاما ونظرية اساسية ملازمة وداخلة فى النظرية العامة للحق .

وبذلك تبدو فكرة التعسف متعلقة أساسا بتصوير الحق ، اذ هى فى حقيقتها وزن لاستعماله على ضوء غايته ، مما يجعلها فكرة ملازمة ومكملة لفكرة الحق ، بحيث لا يستقيم النظر اليها بمعزل عنها ولا تكتمل صياغة نظرية عامة للحق دونها . بل أن فكرة التعسف تصبح فى الواقع هى التصحيح أو التقويم اللازم لفكرة الحق . فبدونها وبدون ما تحققه من رقابة على استعمال الحقوق ، تبدو فكرة الحق — بما تعنيه من امتياز واستئثار — أهلا لما تعرضت له من انكار(١) . وبفضل فكرة التعسف ، نستطيع تأكيد استبقاء فكرة الحق كفكرة أساسية فى النظام القانونى ، دون حاجة الى الغائها أو تحويلها — كما يقترح البعض — الى فكرة واجبووظيفة اجتماعية خالصة(٢) .

ومن ناحية اخرى ، فالمشكلة التى تثيرها فكرة « التعسف » مشكلة أولية سابقة على مشكلة المسئولية(٣) لا يتصور التماس حلها الا على ضوء

---

(١) Saleilles, De la personnalité juridique, 2e. éd. 1922, p. 547.

(٢) Notre thèse précitée, p. 234

وانظر كذلك سابقا ، ص ٤١٠ .

(٣) فى هذا المعنى :

Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, 4e. éd. 1949, No.94.

حقيقة الحق وجوهره وبالتالى فى ظل نظريته العامة وحدها . ذلك أن حل مشكلة التعسف يقتضى الاختيار أولا بين الاطلاق او النسبية فى استعمال الحقوق . ثم يقتضى — اذا وقع الاختيار على النسبية — تحديد مداها ومدى رقابة الحقوق ، وهو ما لا يتصور تحقيقه داخل اطـار المسئولية التقصيرية أو استخلاصه من مبادئها وقواعدها . بل يرتهن ذلك بفكرة الحق ودوره أو وظيفته ، وبفكرة العدل ومدلوله ، وبالنظرة الى القانون وغايته من الفردية أو الاجتماعية أو من التوازن بين النزعتين ، وكل هـذه مسائل تخرج — كما هو ظاهر — عن نطاق المسئولية(١) .

واذا حلت مشكلة التعسف أوليا على هذا النحو ، فليس من الحتم ان تثور بعد ذلك دائما مشكلة المسئولية . فقد يحرم صاحب الحق مناستعماله على نحو تعسفى ابتداء ، وهو ما يمنع وقوع الضرر أصلا ويتفادى بالتالى قيام مشـكلة المسئولية . ففكرة التعسف اذن تجاوز فـكرة المسئولية فى اقتصارها على رفع الضرر الواقع أو التعويض عنه ، فتحقق كذلك فكرة التوقى من الضرر بمنع وقوعه أصلا عن طريق حرمان صاحب الحق ابتداء من استعمال حقه استعمالا تعسفيا(٢) . فكثيرا ما يحتاج صـاحب الحق الى الالتجاء الى القضـاء مطالبا بالاعتراف بحقه وحمـايته وتمكينه من استعماله على نحو معين ، وهنا لا يكفى لاجابة طلبه أن يتأكد القاضى من وجود الحق المدعى فحسب ، بل يجب أن يتحقق كذلك من أن الاستعمال المرجو منه لا يحمل معنى التعسف . وفى حالة التعسف ، يكتفى برفض طلب صاحب الحق ، وهو ما يمنع من وقوع الاستعمال التعسفى أصلا ،

---

(١) Notre thèse précitée, pp. 235, 236

(٢) فى هذا المعنى :
Ripert, ibid. — Dabin, op. cit., p. 303. — Notre thèse précitée, pp. 236-240.

فلا تثور حينئذ مشكلة مسئولية بل يمنع ذلك فى الواقع قيامها من بعد(١) .

وعلى هذا النحو ، تقوم فكرة التعسف فى استعمال الحق بدور وقائى(٢) ودور علاجى على السواء ، بما تفرض على استعمال الحقوق من رقابة سابقة أو لاحقة بحسب الاحوال . وفى ذلك ما يبرر — بالنظر الى اتساع دورها على هذا النحو اتساعا يجاوز ما تقتصر عليه فكرة المسئولية من دور علاجى فحسب — استقلال فكرة التعسف بكيان ذاتى خارج نطاق المسئولية التقصيرية .

وبذلك يخلص من كل ما تقدم أن فكرة التعسف فكرة ملازمة ومكملة لفكرة الحق ، وأنها تثير مشكلة أولية سابقة على مشكلة المسئولية ، وتجاوز فى دورها وجزائها الدور والجزء التعويضى البحت الذى تقتصر عليه فكرة المسئولية ، وأنها لكل أولئك يجب أن تتوافر على كيان ذاتى خارج دائرة المسئولية التقصيرية ، لتصبح نظرية مستقلة تجد مكانها الطبيعى فى نطاق النظرية العامة للحق .

وكثير من القوانين الحديثة التى تأخذ صراحة بنظرية عامة للتعسف فى استعمال الحق — كالتقنين المدنى السويسرى والتقنين المدنى السوفييتى(٣)

---

(١) راجع فى تفصيل ذلك .

Notre thèse précitée, pp. 237 et s.

(٢) من الامثلة فى القانون المصرى على هذا الدور الوقائى ما سبقت الاشارة اليه من أنقانون حماية حق المؤلف رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ يعلق استعمال المؤلف ما يخوله حقه من سلطة سحب مصنفه من التداول أو ادخال تعديلات جوهرية عليه برغم تصرفه فى حقوق الاستغلال المالى على موافقة المحكمة (أنظر سابقا ، ص ٤٧٧) مما يجعل للقضاء رقابة مبتدأة على استعمال هاتين السلطتين يملك بمقتضاها — عند تخلف المبرر المشروع وتبين التعسف من جانب المؤلف — رفض الاذن له فى الاقدام على مثل هذا الاستعمال . وكذلك فان ما ينص عليه التقنين المدنى من أنه اذاكان فى التنفيذ العينى ارهاق للمدين ، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدى ، اذا كان ذلك ، لا يلحق بالدائن ضررا جسيما » (م ٢/٣٠٢ مدنى) ، يعنى أنه اذا تعسف الدائن فى اقتضاء ماله من حق فى التنفيذ العينى لغير مصلحة جدية ، منع من ذلك وأجبر على قبول التعويض النقدى (أنظر فى ذلك : اسماعيل غانم ، ص ١٦٥) .

(٣) أنظر فى نصوص هذين التقنينين : كتابنا سالف الذكر ، ص ١٠٨٦ .

والتقنين المدنى المصرى (١) ـــ يؤيد هـــذا النظر من اعتبار هـــذه النظرية نظرية مستقلة ذات كيـــان ذاتى لا مجـــرد تطبيق من تطبيقات الخطأ أو المسئولية . وهذا ظاهر من حرصها على وضع هذه النظرية بين نصوصها التمهيدية لا ضمن النصوص الخاصة بالمسئولية التقصيرية(٢) .

المبحث الثانى

معايير التعسف وضوابطه

٣٧٤ ـــ أصول ووسائل تحديد معيـــار التعسف

يثير تحديد معيار التعسف مشكلتين رئيسيتين : الاولى تتعلق بالاصول التى تحكم هذا التحديد ، والثانية تتعلق بالوسائل أو الأدوات الفنية التى تعبر عن هذه الاصول وتحققها .

١ ـــ **اصول تحديد معيار التعسف** : تتعين الاصول التى تحكم تحـــديد معيار التعسف على ضوء تأصيل التعسف وتكييفه من ناحية ، وعلى ضوء نظرية التعسف ووظيفتها من ناحية ثانية . وقد رأينـــا أن تأصيل التعسف يقوم أساسا على الربط بين فكرة التعسف وبين فكرة الحق ، باعتبار مشكلة

---

(١) انظر فى تأكيد المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى لهذا التقنين اســـتقلال نظرية التعسف عن النظرية العامة للمسؤولية التقصيرية : مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى، ج ١ ، ص ٢٠٧ ، ج ٢ ، ص ٣٥٠ و ٣٥١ .
ولكن أنظر عكس ذلك : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرات ٥٥٧ و ٥٦٤ . ـــ جميل الشرقاوى ، ص ٢٤٦ . ـــ عبد المنعم البدراوى ، فقرة ٥٥٤ ، ص ٨١٦ . ـــ عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، ١٩٥٨ ، فقرة ٤٣٨ .

(٢) رغم أن جمهور الفقه الفرنسى ما زال يستمسك ـــ مؤيدا فى ذلك القضاء ـــ باعتبـــار التعسف تطبيقا عاديا أو خاصا لفكرة الخطأ ويستبقى بذلك نظرية التعسف فى استعمال الحق داخل نطاق النظرية العامة للمسئولية التقصيرية ، وان ذلك أمر مفهوم فى غيبة النص التشريعى فى القانون الفرنسى على نظرية عامة للتعسف ، الا أن ثم اتجاها بدأ يقوى أخيرا فى محيط هذا الفقه داعيا الى اخراج نظرية التعسف من دائرة المسؤلية باعتبارها مبدأ من المبادىء العامة للقانون فى شأن تحديد مدى استعمال الحقوق ، وانتهت لجنة تنقيح التقنين المدنى الفرنسى الحالى الى تبنى هذا الاتجاه (انظر كتابنا سالف الذكر ، هامش « ٢ » ص ١٠٨٧ ، وهامش « ٣ » ص ١١٠٦) .

التعسف فى حقيقتها مشكلة تحديد مدى استعمال الحق . وفى هذا الصدد تبدو اهمية دور نظرية التعسف ووظيفتها فى تحديد معياره .

وقد ذهب بعض الفقهاء الى قصر دور نظرية التعسف على مجرد دور أخلاقى تشيع به الروح الاخلاقية السامية فى استعمال الحقوق (١) ، وهو ما تأدى بهم الى التضييق فى مدلول التعسف الى حد حصر معياره فى نية الاضرار عند صاحب الحق دون نفع ظاهر يعود عليه ، أو — عند تخلف هذه النية — فى عدم مبالاته بما ينتج عن استعمال الحق من ضرر(٢) . ولكن اعتبار دور نظرية التعسف فى استعمال الحق على هذا النحو دورا اخلاقيا، يهدد بطمس معالم الحدود بين القانون والاخلاق رغم اختلافهما البين فى الهدف والغاية كما سبق القول . وكذلك فالتضييق فى معيار التعسف نتيجة حصر دور نظرية التعسف فى دور أخلاقى محض ينتقص كثيرا من قيمة هذه النظرية واهميتها ، ويطلق العنان لاصحاب الحقوق فى استعمالها طالما لا يحمل هذا الاستعمال معنى المخالفة الاخلاقية رغم ما قد يعنيه من مجافاة غاية الحق أو اهدار صالح الجماعة (٣) .

والواقع أن الدور الصحيح لنظرية التعسف فى استعمال الحق ينبغى تحديده على ضوء ما سبق ذكره من ان الحقوق ليست غاية فى ذاتها وانما هى مجرد وسيلة لتحقيق غاية معينة ، بحيث يكون من الطبيعى وجوب

---

(١) أنظر فى هذا الاتجاه خاصة :

Saleilles, Rapport présenté à la première sous-commission de La Commission de révision du Code civil, Bulletin de La Société d'études législatives, 1905, pp. 325 et s V. pp. 334 et s. — Bonnecase, op. cit., t. III, Nos. 225, 236, 237. — Ripert, La règle morale, Nos. 89, 94, 102. — Dabin, op. cit., pp. 293-300.

(٢) Dabin, op. cit., p. 300

(٣) أنظر فى انتقاد الدور الاخلاقى المنسوب الى نظرية التعسف :

Notre thèse précitée, pp. 224-227.

التزام الاستعمال الواقعى للحقوق حدود غاياتها . وبذلك تبدو فكرة التعسف مرتبطة أساسا بغاية الحق لا بأصول الاخلاق ، فيتحدد دور نظرية التعسف بتحقيق الاستعمال الموافق لغاية الحق لا بالاستعمال الاخلاقى للحق ، ويكون ما تعلنه هذه النظرية من نسبية الحقوق نسبية غائية لا نسبية أخلاقية . وفى ضوء اعتبار نظرية التعسف نظرية تحديد مدى استعمال الحق وفق غايته على هذا النحو ، يتحدد معيار التعسف تحديدا طبيعيا بالانحراف عن غاية الحق (١) . وهذا التحديد بعد ، يحظى بتأييد تشريعى (٢) وفقهى (٣) كبير فى القانون الحديث اليوم (٤) .

٢ — **وسائل تحديد معيار التعسف** : اذا تعينت الاصول التى تحكم تحديد معيار التعسف ، فيجب البحث عن الوسائل والادوات الفنية التى تمكن من التعبير عن هذه الاصول وصياغتها . ونجد فى هذا الشأن وسيلتين رئيسيتين : الاولى تكتفى بوضع مبدأ عام كل العموم يعبر عن

---

(١) أنظر فى تفصيل ذلك :
Notre thèse précitée, pp. 232-235; 239-241; 278-280.

(٢) أنظر خاصة نص التقنين السوفيتى فى مادته الاولى على أن « الحقوق المدنيه يحميها القانون الا فى الحالات التى تستعمل على نحو يخالف غرضها الاقتصادى والاجتماعى » ، ونص المادة ١٢٤ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى على أنه « يلزم أيضا بالتعويض من يضر الغير بتجاوزه فى أثناء استعمال حقه ... الغرض الذى من أجله منح هذا الحق » .

(٣) أنظر ، بخاصة ، فى تأييد هذا المعيار ، سواء مع القول بابقاء التعسف داخل دائرة المسؤولية التقصيرية أو خروجه منها :
Perrochet, thèse précitée, pp. 253, 254. — Demogue,, op. t. IV, Nos. 679, 681. — Josserand, op. cit., Nos. 291 et s.

(٤) اذا كان بعض الفقهاء ما يزالون يتخوفون من تحديد معيار التعسف فى استعمال الحق على هذا النحو توقيا — كما يقولون — من تحكم القضاء أو من انزلاقه فيما وراء القانون الى ميدان السياسة وهو ميدان غير مأمون العواقب ، فلا نرى رغم ذلك مبررا لهذا التخوف (انظر Notre thèse précitée. p. 282. فالقضاء دائما خير من يزن الامور بميزانها الصحيح دون تحكم أو انحراف . فضلا عن ان القاضى — فى توليه تحديد غاية الحقوق — لا يتبع آراءه الشخصية ومعتقداته السياسية ، وانما يستلهم روح القانون ومبادئه العامة والتيارات السائدة فى الجماعة ، مما يجعل تحديده قائما على أسس موضوعية مستقرة لا على نزعات شخصية نسبية متغيرة . واخيرا فى وجود محكمة النقض من فوقه كذلك ، وهى الرقيبة على صحة تطبيق القانون بما يكفل وحدة هذا التطبيق ، خير ضمان لالتزام القصد والاعتدال وتوقى التحكم والانحراف فى التقدير (أنظر كتابنا سالف الذكر ، ص ١١١٠) .

المعيار المختار للتعسف دون تعرض لتفصيل ما يندرج تحت هذا المبدأ من صور متعددة ، والثانية تعدد الصور المختلفة المعبرة عن الاصول المستهدفة دون ابراز المبدأ العام الذى يحكمها .

واذا كان ينبغى التفضيل بين الوسيلتين فى مجال التشريع ، فلا نتردد فى تفضيل الوسيلة الاولى . ففضلا عن كونها أكثر مناسبة للعمل التشريعى فهى تعتبر كذلك الوسيلة المرنة المتجاوبة مع التطور ، على خلاف الوسيلة الثانيـــة التى تحصر معيار التعسف فى صور محـــددة لا يلبث أن يتبدى قصورها وعـــدم احاطتها بكل ما قد يظهره تقدم الزمان وتطور الاوضاع والعلاقات الاجتماعية من ضروب وصور جديدة من التعسف فى استعمال الحقوق .

واذا كنا قد حـــددنا ـــ على ضوء ما ارتضيناه من أصـــول ـــ معيار التعسف فى استعمال الحق بالانحراف عن غايته ، فنفضل ـــ لمـــا أوضحنا من أسباب ـــ الاكتفاء فى التشريع بوضع مبدأ عام يقضى بتحريم الانحراف عن غاية الحق فى استعماله (١) وتجـــريد الحق من حمـــاية القانون بهذا الانحراف ، لا الاقتصار على تعديد أو تحديد صور هذا الانحراف التى تبقى حتما صورا ناقصة غير ملاحقة للتطور . وهذا المسلك الذى نفضله ، هو بعد المسلك الذى تسير عليه اليوم كثير من القوانين الحديثة التى تصدت لتقنين لنظرية التعسف فى استعمال الحق ، كالقانون السوفييتى والقانون اللبنانى خاصة(٢) .

---

(١) وينبغى الاكتفاء فى ذلك بالاشارة الى غاية الحق عموما دون تحديد أو وصف لهذه الغاية ، لان الغايات تختلف باختلاف الحقوق وتفاوت طبيعتها والغرض منها . ولذلك نفضل تجنب ما يذهب اليـــه بعض الفقهاء من وصف هـــذه الغاية بأنها « غاية اجتمـــاعية » (but social) ، حتى لا ينصرف الذهن ـــ ولو أخذا بظاهر هذا الاصطلاح ـــ الى اعتبار أن الحق بذلك يصيرمحض واجب أو وظيفة اجتماعية لتحقيق الصالح العام الاجتماعى وحده دون أى وزن لتحقيـــق الصـــالح الفـــردى (أنظر فى تفصـــيل ذلك : Notre thèse précitée, p. 281 ـــ كتابنا سالف الذكر ، هامش « ٢ » ص ١١١٢ ـــ ١١١٣) .

(٢) أنظر فى معيار التعسف فى القانون اللبنانى : كتابنا المدخل الى القانون وبخاصة القانون اللبنانى والمصرى ، ١٩٦٧ ، فقرة ٣٦٣ ، ص ٩٠٧ ـــ ٩١١ .

٣٧٥ — اخذ المشرع المصرى بمجموعة من معايير التعسف وضوابطه

سلك المشرع المصرى الوسيلة الثانية من وسائل تحديد معيار التعسف فى استعمال الحق ، فجرى على تعديد الصور المختلفة للتعسف دون ابراز الاصل الذى يجمعها . اذ نص فى المـادة الخامسة من التقنين المـدنى الحالى على أنه « يكون استعمال الحق غير مشروع فى الاحوال الآتية : (أ) اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير . (ب) اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغـير من ضرر بسببها . (ج) اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها غير مشروعة » . ولكن ينبغى أن نضيف الى هذه المعايير الثلاثة معيارا رابعا هو معيار « الضرر الفاحش » المنصوص عليه فى صدد حق الملكية (م ٨٠٧ مدنى)وهو موطن تطبيقه الرئيسى . فنعرض لهذه المعايير المختلفة فيما يلى ، ثم ننظر من بعد فى تقدير مسلك المشرع المصرى .

٣٧٦ — تمحض قصد الاضرار بالغير

لعل هذا المعيار هو أقدم معايير التعسف واكثرها شيوعا فى الشرائع المختلفة ، لكثرة تسخير الافراد حقوقهم منـذ قديم لمجـرد تحقيق مآرب شخصية فى النكاية والاضرار بالغير . وهذا المعيار ذاتى قوامه توافر نية الاضرار بالغير لدى صاحب الحق وتمحضها لهذا الغرض ، بمعنى أن يكون الاضرار بالغير هو القصد الوحيـد من استعمال الحق (١) . واذا توافر التعسف بهذا المعنى ، فلا ينفيه ما قد يحققه اسـتعمال الحق من منفعة عارضه لصاحبه لم يقصدها أصلا (٢) . فيتعسف اذن فى استعمال حقه

---

(١) Notre thèse précitée, p. 264
كتابنا سالف الذكر ، ص ١١١٧ و ١١١٨ .
ولكن انظر عكس ذلك :
عبد الرزاق السنهورى ، ج ١ ، فقرة ٥٦٠ . — أنور سلطان ، النظرية العـامة فى الالتزام ، ج ١ ، ١٩٥٥ ، ص ٤٤١ . — اسماعيل غانم ، ص ١٦٢ .

(٢) فى هـذا المعنى :
المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى لتقنين المدنى ، مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ص ٢٠٩ .

المالك الذى يغرس اشجارا عالية كثيفة فى أرضه لمجرد حجب الضوء عن جاره حتى ولو عادت هذه الاشجار على الارض بالنفع (١) ، ما دام هذا النفع لم يكن مقصودا فى ذاته بل جاء تحققه عارضا بحتا اذا كان القصد الوحيد من غرسها هو مجرد الاضرار بالجار .

واذا كان اثبات تمحض قصد الاضرار بالغير أمرا عسيرا ، فان القضاء كثيرا ما يعتمد فى استخلاصه على انعدام المصلحة لدى صاحب الحق فى استعمال حقه ، معتبرا هذا الانعدام قرينة على تمحض قصد الاضرار عنده(٢) . فالمالك الذى يقيم حائطا مرتفعا على حدود ملكه بحيث يحجب الضوء عن ملك جاره يعتبر بذلك متمحض القصد للاضرار بهذا الجار اذا لم تكن له مصلحة حقيقية فى بناء مثل هذا الحائط المرتفع(٣) . وكذلك الحال فى شأن المالك الذى يقيم سياجا عاليا يطليه باللون الاسود لا لشىء الا لمجرد اظلام بناء جاره دون اى منفعة حقيقية تعود عليه من ذلك (٤) . وكذلك الحال فى شأن صاحب العمل الذى يقدم على فصل العامل لمجرد الانتقام منه ، لانه طالب بالحقوق المقررة له بمقتضى قوانين العمل ، أو لانه قام بالشهادة ضد صاحب العمل .

٣٧٧ — انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق وبين الضرر الذى يحيق بالغير

لا يكفى ان تكون لصاحب الحق مصلحة ولو مشروعة فى استعمال حقه حتى تنتفى عنه شبهة التعسف ، فمن اليسير الادعاء بوجود مثل هذه

---

(١) عبد الرزاق السنهورى ، ج ١ ، فقرة ٥٦٠ .

(٢) فى هذا المعنى :

Mazeaud, op. cit., t. I. No. 596.

المذكرة الايضاحية للمشروع التهيدى ، مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى ، الموضع السابق .

(٣) فى هذا المعنى :

Appel mixte: 17 Avril 1919. B. 13, 252; 12 Déc. 1924. Gazette, 15. 86, 126; Nov. 1929. B. 42. 27.

مصر الكلية ٣١ مايو ١٩٣٧ ، المحاماة ٧٤/٣١/١٨ .

(٤) Trib. civ. Sedan 17 Déc. 1901. S. 1904. 2. 217, Note Appert.

المصلحة فى الصور التى لا يكون قصد صاحب الحق متمحضا للاضرار بالغير . ولكن ينبغى أن تكون هذه المصلحة ذات قيمة تبرر ما قد يصيب الغير من ضرر من جراء استعمال الحق . أما اذا كانت المصلحة تافهة بالقياس الى الضرر الذى يعود على الغير بحيث لا يوجد بينهما تناسب اطلاقا ، فذلك دليل على الانحراف فى استعمال الحق .

وواضح ان هذا المعيار موضوعى لا شخصى كالمعيار السابق ، قوامه التفاوت الشاسع بين الضرر اللاحق بالغير والمنفعة العائدة على صاحب الحق . وهو أمر تقدره المحاكم حسب الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة . والواقع أنه كثيرا — وان لم يكن دائما — ما يكون فى وجود مثل هذا التفاوت الجسيم قرينة على قصد الاضرار بالغير(١) دون أن يتمحض القصد من استعمال الحق لذلك .

وقد طبق المشرع المصرى هذا المعيار فى صور كثيرة . ومن ذلك نصه على أنه « ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوى ، ان كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط » (م ٢/٨١٨ مدنى) . ذلك ان الحائط الفاصل مادام مملوكا ملكية خالصة لاحد الجارين ، فلمالكه سلطة هدمه . غير أنه لما كان بناء الجار مستترا بهذا الحائط ، فيجب حتى يعتبر الهدم مشروعا ان يوجد تناسب بين المنفعة التى تعود على مالك الحائط من هدمه وبين الضرر الذى يلحق الجار نتيجة ذلك . وهذا التناسب يقوم اذا وجد لدى المالك باعث قوى يبرر الهدم من استهداف منفعة كبيرة تتوازى على الاقل مع الضرر العائد على الغير . أما اذا لم يوجد باعث على الهدم ، أو وجد باعث ولكنه ليس قويا بحيث يبرره ، فيعتبر ذلك قرينة على التعسف فى استعمال حق الملكية بابتغاء تحقيق مصلحة ضئيلة تافهة لا تستأهل حماية القانون أمام ما يصيب الجار فى مقابلها من أضرار جسيمة فادحة .

---

(١) فى هذا المعنى :
المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ص ٢١٠ .

ومن تطبيقات المشرع كذلك لهذا المعيـــار ما يقضى به من أن « لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه ، اذا لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الاعباء الواقعة على العقار المرتفق به » (م ١٠٢٩ مدنى) .

وكذلك يعتبر من تطبيقات هذا المعيـــار تخير صاحب الحق — من بين الطرق الممكنة المتعددة لاستعمال حقه — الطريقة الاكثر اضرارا بالغير دون نفع ذى قيمـــة كبيرة له(١) . وذلك كمالك يقيم مدخنة فى مـــكان معين من بنائه بحيث تضر بالجار ، وكان يمكنه — دون ضرر أو فوات منفعة عليـــه هو — تجنيب ملك الجار هذا الضرر أو التقليل منه باقامتها فى مكان آخر من البنـــاء(٢) .

٣٧٨ — عدم مشروعية المصلحة المقصود تحقيقها من استعمال الحق

لا يكفى أن تكون المصلحة التى يرمى صاحب الحق الى تحقيقها من وراء استعمال حقه ظاهرة وذات قيمة أو نفع ولو كبير له ، بل يجب أن تكون هـــذه المصلحة كذلك مشروعة . ذلك أن الحقوق ليست لها قيمة فى نظر القانون الا بقدر ما تحققه من مصالح مشروعة ، فالانحراف عن ذلك وتسخير الحقوق فى سبيل تحقيق مصالح غير مشروعة يجردها من قيمتها ويخلع عنها حماية القانون .

وبناء على هذا المعيار ، يعتبر متعسفا فى استعمال حقه : المالك الذى يطالب باخلاء المنزل من مستأجره بحجة حاجتـــه الى السكن فيه ، بعد محاولته زيادة الاجرة فوق ما يسمح به القانون واخفاقه فى ذلك (٣) . والمالك

---

(١) يجرى القضاء الفرنسى كذلك على اعتبار هذه الصورة من صور التعسف فى استعمال الحق ، انظر خاصة :
Trib. civ. Draguignan, 17 mai 1910. D. P. 1911. 2. 1933. — Req. 20 Mars 1929. S. 1930. 1. 45. — Paris 28 octobre 1941. Gaz. Pal. 1941. 2. 490.

(٢) Appel mixte, 25 novembre 1880. D. 6. 8.

(٣) Trib. paix Vanves, 24 Août 1926, 2ème espèce), Repertoire Commaille, 1926. I, p. 349.

الذى يمتنع عن الترخيص بالايجار من الباطن او التنازل عن الايجار ، حيث يكون ذلك معلقا على موافقته بمقتضى العقـد ، دون سبب مشروع[١] او بقصد الحصول على مقابل لذلك او زيادة غير مشروعة . وصاحب العمل الذى يفصل العامل بسبب مذهب السياسى ما لم يكن لذلك ارتباط بعمله أو تاثير فيه[٢] ، أو بسبب انضمامه أو عدم انضمامه الى نقابة معينة[٣] أو بسبب نشاطه النقابى المشروع[٤] .

واضح أن هذا المعيار معيار موضوعى مرن يجعل للقضاء سلطة واسعة فى رقابة استعمال الحقوق ، ولعل صفته الموضوعية هى التى تجعله مفضلا لدى بعض الفقهاء[٥] على معيار آخر شخصي يشيع الالتجاء اليه فى الفقه والقضاء الفرنسى[٦] هو معيار الدافع أو الغرض غير المشروع (motif illégitime) خاصة . ومع ذلك ، فينبغى أن يراعى أن المعيارين مرتبطان أشد الارتباط ، بل هما فى الحقيقة وجهان لمعيار واحد ، اذ ليس معيار المصلحة غير المشروعة الا التعبير الموضوعى عن المعيار الشخصى أو النفسى وهو معيار الدافع أو الغرض غير المشروع[٧] ، فاذا لم يكن لصاحب الحق دافع مشروع لاستعمال حقه ، فهو يهدف اذن الى تحقيق مصلحة غير مشروعة . والواقع أن هذين الوجهين انما يقومان على فكرة ضرورة موافقة

---

(١) أنظر فى الاشارة الى أحكام القضاء الفرنسى فى هذا المعنى :
Josserand, op. cit., pp. 180, 402.

وانظر كذلك فى هذا المعنى فى القانون المصرى :
منصور مصطفى منصور ، العقود المسماة (البيع والمقايضة والايجار) ، ١٩٥٦ — ١٩٥٧ ، فقرة ٢٢٣ ، ص ٥٧٢ .

(٢) القاهرة الابتدائية ٢٤ مارس ١٩٦٠ ، مدونة الفكهانى الدورية ١٩٦٠ ، رقم ٢٤٨ ، ص ٤٢٦ .

(٣) القاهرة الابتدائية ٢٥ مايو ١٩٥٤ ، مدونة الفكهانى ، ج١/٣ ، رقم ٣١٣ ، ص ٣٧٦ .

(٤) الجيزة الابتدائية ١٧ أكتوبر ١٩٥٤ ، المرجع السابق ، رقم ٣٠٢ ، ص ٣٦٣ .

(٥) عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، ج ١ ، فقرة ٥٦٢ ، ص ٨٤٧ .

(٦) انظر فى ذلك خاصة :
Josserand, op. cit. No. 296 et s.

(٧) فى هذا المعنى :
عبد الرزاق السنهورى ، الموضع السابق .
Notre thèse précitée, p. 172

استعمال الحق لغايته . فللتحقق من هـذه الموافقة ، يجب الوقوف على غاية الحق والمصالح المشروعة المقصود تحقيقها من وراء تقرير القانون له من ناحية ، وعلى الدوافع التى وجهت استعماله على نحو معين من ناحية اخرى ، ومطابقة هذه على تلك ، بحيث يعنى كل تباعد بينهما الانحراف فى استعمال الحق ، ويستوى بعد ذلك أن ينسب هذا الانحراف الى الدوافع غير المشروعة أو الى المصالح غير المشروعة (١) .

٣٧٩ — الضرر الفاحش

كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الحالى يضيف الى المعايير الثلاثة المتقدمة للتعسف معيارا آخر هو معيار « الاستعمال الذى يحول دون استعمال حقوق أخرى على الوجه المألوف » . واذا كان هـذا المعيار قد حـذف فلم يظهر فى نص المادة الخامسة من التقنين المتضمنة لمعايير التعسف ، فلم يكن ذلك عدولا عن اعتباره — بما يعنيه من فكرة « الضرر الفاحش » — معيارا للتعسف فى استعمال الحق ، وانما اكتفاء بالتطبيق الخاص الموجود له فى حق الملكية وهو تطبيقه الرئيسى . ذلك أن المادة ٨٠٧ من التقنين المدنى تقضى بأنه « ١ — على المالك ألا يغلو فى استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار . ٢ — وليس للجار أن يرجع على جاره فى مضار الجوار المألوف التى لا يمكن تجنبها . وانما له أن يطلب ازالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف ، على أن يراعى فى ذلك العرف وطبيعة العقارات

---

(1) Notre thèse précitée, ibid.

وأذا كان بعض الفقهاء (عبد الرزاق السنهورى ، الموضع السابق) يرى أن معيار « المصلحة غير المشروعة » أدق من معيار « الدافع أو الغرض غير المشروع » من ناحية الانضباط وأسهل منه من ناحية التطبيق ، فهو فى الواقع انما يفصل بين شيئين متلازمين ووجهين متكاملين لمعيار واحد يحدد كل منهما الاخر ، بحيث لا يمكن الاكتفاء بالوقوف على أحدهما والاستغناء عن الآخر . ولذلك يقوم نفى صفة المشروعية عن المصلحة المقصودة من استعمال الحق على الاستهداء أساسا بعدم مشروعية الدافع الى هذا الاستعمال . وهذا ما بصرت به المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى بقولها أن معيار المصلحة المشروعة اذا كان « ماديا فى ظاهره ، الا ان النية كثيرا ما تكون العلة الاساسية لنفى صفة المشروعية عن المصلحة » (مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ١ ص ٢٠٩ و ٢١٠) .

وموضع كل منها بالنسبة الى الآخر والغرض الذى خصصت له . ولا يحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق » .

وعندنا أن هذا النص ليس الا مجرد تطبيق لفكرة التعسف فى استعمال الحق ولمعيار من معاييرها الهامة هو معيار « الضرر الفاحش » . ويسند ذلك ان الشريعة الاسلامية ـ وهى التى اعتمد المشرع المصرى عليها اعتمادا رئيسيا فى صياغة نظرية عامة للتعسف ــ تجرى منذ قديم على اعتبار هذا المعيار من معايير التعسف (١) ، وأن القضاء المصرى قد جرى كذلك على الاخذ بهذا النظر من التكييف فى ظل التقنين المدنى القديم (٢) . وليس فى الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى الحالى ما يفصح عن رغبة المشرع المصرى فى العدول عن هذا التكييف التقليدى المستقر .

وبالاضافة الى ذلك ، فان الالتجاء الى فكرة التعسف هنا كتبرير لمسؤولية المالك فى أحوال المضار غير المعتادة للجوار يغنى عن التبريرات الاخرى التى تقدم فى هذا الشأن وتستهدف لانتقادات كثيرة : كاقامة المسؤولية على أساس خطأ المالك (٣) ، أو على أساس مجاوزته حقه وخروجه عن نطاقه(٤) .

والواقع أنه ــ فى تأسيس مسئولية المالك عن الاضرار التى يسببها لجيرانه ــ لا يجب اغفال أن هذه الاضرار انما تتحقق نتيجة افعال مشروعة فى ذاتها هى المكونة لاستعمال حق الملكية ، فارتباط هذه المسؤولية اذن

---

(١) راجع فى ذلك :
Fathp, thèse précitée, Nos. 163, 164.
السعيد مصطفى السعيد ، الرسالة السابقة ، ص ٣٦ ــ ٣٨ و ٤١ .
أنظر كذلكم١٩٨وما بعدها من « المجلة » ، والمواد ٥٧ و ٥٩ ــ ٦٢ من كتاب مرشد الحيران .

(٢) أنظر خاصة :
Appel mixte. 17 Avril 1945. B. 57. 125.

(٣) Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 620, 621.

(٤) أنظر كذلك فى تفصيل انتقاد الرأى القائل باعتبار مسئولية المالك عن الاضرار غير المألوفة مقامة على أساس مجاوزة الحق لا على أساس التعسف فى استعمال الحق :
كتابنا أحكام حق الملكية ، هامش «١» ص ٣٢٣ ــ ٣٢٤ .

بفكرة الحق ومدى مشروعية استعماله أمر ظاهر . وواضح أن المالك الذى يستعمل حقه استعمالا يؤدى الى تحميل جيرانه اضرارا تجاوز الحد المألوف تحمله والتسامح فيه بين الجيران ، انما يخل — لحساب الصالح الفردى — بالتوازن الواجب بينه وبين الصالح الجماعى(١) وينحرف بالحق عن غايته المقصودة الى حد جعله وسيلة لفرض اضرار جسيمة فاحشة على الغير ، مما يصير معه استعماله تعسفيا غير مشروع لا يستأهل حماية القانون .

واذا كانت صورة مضار الجوار غير المألوفة فى صدد استعمال حق الملكية(٢) هى أظهر صور معيار « الضرر الفاحش » ولذلك كانت عناية المشرع المصرى بالنص عليها صراحة فى المادة ٨٠٧ مدنى ، فلا يجب أن ينفى ذلك امكان انبساط هذا المعيار على حقوق أخرى غير حق الملكية(٣) .

وعلى أى حال ، فصورة مضار الجوار غير المألوفة تعبر عن معيار مرن كل المرونة يتسع لتطور الحياة الاجتماعية ويمكن القاضى من الاعتداد بالظروف والملابسات الخاصة بكل حالة . ومن تطبيقاته(٤) ما قضى به من مسئولية الحكومة بالتعويض عما أصاب السكان وأملاكهم من اضرار نتيجة انشائها محطة من محطات المجارى على قطعة من أملاكها اقلقت ادارتها

---

(١) Notre thèse précitée, p. 204.

(٢) يراعى أن هذه الصورة تعرض كذلك فى صدد استعمال الشىء ممن له حق فيه كالمنتفع أو المستأجر (فى هذا المعنى : شفيق شحاته ، هامش «١» ص ٨٦ . — اسماعيل غانم ، الحقوق العينية الاصلية ، هامش «٢» ص ١٠٤) .

(٣) فنستطيع أن نعتبر المتعاقد الذى يصر على التمسك بوجوب تنفيذ العقد بشروطه الاصلية المحددة فيه ، رغم أن هذا التنفيذ قد صار — نتيجة طروء حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وقت التعاقد — مرهقا للمتعاقد الاخر بحيث يهدده بخسارة فادحة ، متعسفا فى استعمال حقه ، وأن نرد هذا التعسف الى فكرة الضرر الفاحش . وبذلك تستوى نظرية الظروف الطارئة التى اقرها المشرع المصرى صراحة فى المعاملات المدنية (م ٢/١٤٩ مدنى) على أساس سليم (أنظر Notre thèse précitée: 243-245 — وكتابنا سالف الذكر ، الذكر ، ص ١١٣٠ — ١١٣١) .

(٤) أنظر فى تفصيل هذه التطبيقات : كتابنا احكام حق الملكية سالف الذكر ، فقرة ٩٩ ، ص ٣٢٥ — ٣٣٠ .

راحة السكان فى حى مخصص للسكنى(١)، ومن مسئولية أحـدى شركات الفنـادق عن الاضرار التى تصيب الجـيران نتيجة الاهتزازات المستمرة الناشئة عن تشغيل جهاز لتوليد الكهرباء مقام فى ملحق فندق تملكه(٢) .

٣٨٠ — تقدير مسلك المشرع المصرى

تأثر المشرع المصرى فى صياغة معايير التعسف بالمصادر الاساسية التى استقى منها نظـرية التعسف فى اسـتعمال الحق ، وهى فقه الشريعة الاسلامية من ناحية ، وأحكام القضاء المصرى فى الاخذ بهذه النظرية فى ظل التقنين المدنى القديم من ناحية أخرى ، فجرى مثلهما على تعديد صور مختلفة للتعسف(٣) . ولكن كان خليقا به ، وهو يستقر على الاخذ بهـذه النظرية ويعمد الى تقنينها ، ان يستخلص المبدأ أو المعيار العام الذى ترد اليه مختلف صور التعسف ومعاييره فى أحكام الفقه الاسـلامى وأحكام القضاء المصرى ، خاصة وأن جهود الفقه الحديث قد مهدت امامه السبيل لتأصيل نظرية التعسف فى استعمال الحق وبيان الفكرة العامة التى تحكم مختلف صوره ، وأن التقنينات الحديثة التى سبقته فى تقنين هـذه النظرية قد نحا اغلبها نحو وضع مبدأ عام يحكم معيار التعسف دون تحديد أو تعديد صوره ، وأن طريقة تعديد صور التعسف اذا كانت تناسب فقه الفروع وأحكام القضاء فهى اقل مناسبة فى صياغة التشريع كما سبق البيان .

ويبقى بعد ذلك أن مسلك المشرع المصرى من تعـديد معايير مختلفة للتعسف مسلك منتقد من ناحية أخرى . وذلك ان هذا المسلك لا يخرج عن احد أمرين : اما ان هذه المعايير واردة على سبيل الحصر ، وهو ما يتهدد نظرية التعسف فى اسـتعمال الحق بالجمود وعرقلة استجابتها ومقابلتها للتطور المحتوم فى الجماعة . واما ان هذه المعايير واردة على سبيل المثال ، وكان من الافضل حينئذ اعطاء القاضى المبدأ العام الذى يحكم توجيه كل هذه

(١) استئناف مصر ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ ، المحاماة ٢١/٣٧٦/٨٩١ .
(٢) Le Caire (mixte), 5 mai 1914, Gazette, 4. 206. 492.
(٣) أنظر ، كتابنا سالف الذكر ، ص ١١٣١ و ١١٣٢ .

المعايير والصور(١) . واذا كان جمهور الفقه المصرى(٢) يقطع بورود هـذه المعايير على سبيل الحصر ويمنع القاضى من الاخذ بمعايير أخرى للتعسف غيرها ، فنعتقد من جانبنا ان المشرع المصرى لم يرد تقييد القاضى تقييـدا جازما بهـذه المعايير وحدها . فهو قد وضع فى المـادة الرابعة من التقنين المدنى المبدأ العام من ارتهان حمـاية القانون لصاحب الحـق بمشروعية استعماله له بحيث ترتفع مسؤوليته اذا كان اسـتعمال الحق مشروعا وتتحقق اذا كان الاستعمال غير مشروع ، ثم ذكر فى المادة الخامسة احوالا يعتبر استعمال الحق فيها غير مشروع لا ليحصر فكرة عدم المشروعية فيها ، وانما ــ كما تقول المذكرة الايضاحية ــ لكى « يهىء للقاضى عناصر نافعة للاسترشاد (٤) » .

وعلى أى حال ، فينبغى البصر بالمبدأ أو المعيار العام الموجه لكل ضوابط ومعايير التعسف التى ذكرها المشرع المصرى . وهى لا تخرج ، فى الواقع ، عن فكرة التزام غاية الحق وعدم الانحراف عنها (٥) . اذ لا يتصـور أن تكون الحقوق ــ وهى تمثل قيما اجتماعية يحميها القانون ــ معطاة كوسيلة لمجرد الاضرار بالغير ، أو لتحقيق مصالح تافهة لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر ، أو لتحقيق مصالح غير مشروعة من باب أولى ، أو لتحميل الغير بأضرار فاحشة . وفكرة الغاية هذه هى التى ارتضيناها من قبل أصلا يحكم استعمال الحق ويحدد معيار التعسف فيه(٦) ، فى ضوء ما بينـاه من اتصال التعسف أساسا بفكرة الحق وكون الحق وسـيلة لغاية دون أن يكون غاية فى ذاته .

---

(١) Notre thèse précitée, pp. 277, 278.

(٢) عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٥٥٩ . ــ أحمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، فقرة ٥٥٤ . ــ اسماعيل غانم ، النظرية العامةللحق ، ط ٢ ، ١٩٥٨ ، ص ١٦١ . ــ عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السـابق ، فقرة ٤٤١ .

(٣) Notre thèse précitée, ibid.

(٤) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، ص ٢٠٩ .

(٥) Notre thèse précitée, pp. 278, 279

(٦) لم يعد ثم محل فى القانون المصرى للتخوف من اعتبار « الانحراف من غاية الحق » موجها عاما لكل معايير التعسف وصوره المختلفة،أمام أخذ المشرع المصرى صراحة بمعيار =

المبحث الثالث
محل التعسف

٣٨١ — تمهيــــد

اذا تحدد التعسف من حيث التأصيل والمعيار على النحو السابق تفصيله، فيبقى تحديد نطاق نظرية التعسف فى استعمال الحق وهو ما يقتضى تحديد المحل الذى يرد عليه التعسف . وفى شأن هذا المحل ، نجد اتجاهين : أولهما الى التضخيم من نطاق تطبيق هذه النظرية ببسط محل التعسف الى الحريات أو الرخص العامة كالحقوق سواء بسواء ، والثانى الى التضييق باستبعاد بعض الحقوق بالمعنى الفنى الدقيق من ورود التعسف عليها مما يجعلها حقوقا مطلقة أو تقديرية . والواقع أن ارتباط فكرة التعسف بفكرة الحق وغايته — على النحو السالف بيانه — يكشف عن التضخم المصطنع الذى يدخله الاتجاه الاول على فكرة التعسف ونظريته ، وان عدم التخلص الى اليوم نهائيا من سيطرة النزعة الفردية وما ولدته فى الاذهان من حصانة مطلقة لاصحاب الحقوق فى استعمالها يكمن وراء الاتجاه الثانى فى استبقاء بعض الحقوق مطلقة تقديرية الاستعمال.فنعرض لمناقشة الاتجاهين وتحديد محل التعسف على ضوء ذلك .

٣٨٢ — التعسف يرد على استعمال الحقوق دون ممارسة الحريات أو الرخص العــامة

سبق أن أشرنا الى ان الخلط قديم فى الفقه بين الحقوق بالمعنى الدقيق وبين الحريات أو الرخص العامة . وكان طبيعيا أن يمتد هذا الخلط الى نظرية

= «المصلحة غير المشروعة» وهو منوط كما رأينا بتحديد غاية الحق ودوافع استعماله،ممايجعله فى الواقع خاضعافىجانب منه للاعتبارات السياسية والنزعات الاجتماعية المختلفة التى يرفض بعض الفقهــاء (عبــد الرزاق الســنهورى ، ج ١ ، فقــرة ٥٦٢ ، ص ٨٤٧) معيــــار « غاية الحــق » من اجــل تــوقى الدخــول فيها . بل ولعــل معيــار « المصــلحة غــير المشروعة » أن يكــون فى الحقيقــة هو أظهــر تمثيــل وتجســيد للمعيار العــام الموجــه وهــو معيــار « الانحراف عن غاية الحــق » . (أنظــر كتابنــا ســالف الذكر ، ص ١١٣٤) .

التعسف فى استعمال الحق ويجد فيها مرتعا خصيبا يرضى رغبة أنصارها والمدافعين عنها ، فى الاقل أول ظهورها ، فى ابرازها وتضخيم أهميتها بتوسيع نطاق تطبيقها على هذا النحو الذى لا يقتصر على الحقوق بالمعنى الصحيح فحسب ، بل ينبسط كذلك على الحريات أو الرخص العامة ويتناول حتى كل فعل مشروع مباح فى الاصل أيا كان ، بحيث كادت هذه النظرية تقتحم فى كتاباتهم كل نواحى القانون المدنى ان لم يكن نواحى القانون قاطبة، وغدا من اليسير الجارى على أقلامهم ادعاء وجود التعسف وتلمسه دون تدقيق فى حقيقته وكنه محله .

والواقع أن هذا المسلك — على خلاف ما يظن أصحابه — ليس بالذى يحمل كسبا لنظرية التعسف فى استعمال الحق أو بالذى يعين على تدعيمها وتقويتها ، فليست قيمة النظريات فى اتساع نطاق تطبيقها بقدر ما هو فى دقة تحديدها . ومن شأن هذا التضخم المصطنع فى نطاق تطبيق نظرية التعسف — على حساب اغفال أصلها من الارتباط بفكرة الحق بوصفها التقويم والتصحيح اللازم لها — تميع هذه النظرية وانطماس حدودها ، وهو ما يتهددها — من فرط اتساعها وانبساطها — بالعجز والضعف (١) .

فضلا عن أن توسعه نطاق نظرية التعسف على هذا النحو،انما تقوم على أساس خلط واضح بين فكرة « الحق » وفكرة « الحرية أو الرخصة العامة » وهو خلط تزايد خاصة فى القرنين السابع عشر والثامن عشر فى أوربا حينما اصطنع الفلاسفة وكتاب السياسة ما سموه « حقوق الانسان الطبيعية » الخالدة المقدسة مدرجين ضمنها عديدا من الحريات العامة التى يجب كفالتها للافراد ، ليقابلوا بها ويوقفوا حقوق الملوك الالهية المزعومة التى كانت سندهم حينئذ فى الاستبداد الطغيان . واذا كانت نظرية « التعسف فى استعمال الحق » لا تعنى — كما هو ظاهر من اسمها — الا الحقوق واستعمالها ، فهى انما تعنى الحقوق فى المعنى القانونى الدقيق فحسب ،

---

(١) Notre thèse précitée, p. 63.

مما يستبعد من نطاق تطبيقها تلك الحريات فى الرخص العامة التى قد تعتبر حقوقا فى المعنى السياسى أو الفلسفى لا فى المعنى القانونى (١) .

والواقع أن اجراء نظرية التعسف على ممارسة الحريات أو الرخص العامة كذلك ليس ثم ما يدعو اليه . ففكرة « الخطأ » فى نطاق المسئولية التقصيرية كانت تتكفل دائما بحكم الانحراف فى هذه الممارسة عن مقتضى السلوك المألوف ، وكان استعمال الحق غير خاضع فى الاصل لفكرة الخطأ مما دعا من بعد الى ظهور فكرة التعسف لحكم هذا الاستعمال . ولذلك فاذا كان ينبغى فى نظر البعض التسوية فى الحكم بين استعمال الحقوق وبين ممارسة الحريات أو الرخص العامة ، فان منطق هذا النظر يقضى بمد فكرة الخطأ الاصيلة الى استعمال الحقوق لا بمد فكرة التعسف الحديثة الى ممارسة الرخص والحريات العامة ، وهذا ما يفعله أنصار تسوية التعسف بالخطأ التقصيرى تسوية كاملة (٢) .

غير أنه اذا كان ينبغى — كما سبق البيان — الاعتراف لفكرة التعسف بذاتية واستقلال خاص عن فكرة الخطأ تخرجانها من دائرة المسئولية التقصيرية ، واعتبار فكرة التعسف هى الفكرة المناسبة فى شأن تحديد الانحراف فى استعمال الحقوق بالنظر الى ما تعنيه الحقوق من تفاوت فى مراكز الافراد ، فى حين تظل فكرة الخطأ هى الفكرة المناسبة فى شأن تحديد الانحراف فى ممارسة الحريات أو الرخص العامة بالنظر الى ما تعنيه هذه الحريات من تساوى مراكز الافراد(٣) ، فمقتضى ذلك كله التمييز بين الفكرتين فيما تردان عليه من محل : فتقتصر فكرة التعسف على استعمال « الحقوق » بالمعنى القانونى الدقيق ، وتظل فكرة الخطأ منبسطة — من

---

(١) انظر خاصة :
Waline, L'individualisme et le droit, pp. 94, 385.

(٢) انظر ، خاصة ، فى هذا المعنى فى الفقه المصرى :
اسماعيل غانم ، النظرية العامة للحق ، ص ١٦٦ و ١٦٧ .

(٣) انظر سابقا ، ص ٨٩٢ .

بين ما تتناوله — على ممارسة الرخص أو الحريات العامة . وهو ما يعطى أهمية بالغة — فى شأن تحديد محَل التعسف ونطاق نظريته — للتفرقة بين الحقوق وبين الحريات أو الرخص العامة .

وقد سبق أن أقمنا التمييز بينهما — فى صدد تعريف الحق — على أساس أن الحقوق تفترض وجود رابطة قانونية تثبت لشخص على سبيل الاستئثار والانفراد تسلطا على شىء معين أو اقتضاء أداء من شخص معين ، بينما الرخص أو الحريات العامة لا تفترض وجود مثل هذه الرابطة ، واذا كانت تخول مكنات معينة فانما تخولها فى الواقع للناس كافة دون أن تكون محل استئثار أو اختصاص حاجز لواحد دون الباقين(١) .

ويبدو أن المشرع المصرى يأخذ بهذا النظر من التمييز بين الحقوق وبين الحريات أو الرخص العامة ، ومن قصر اعمال نظرية التعسف على الحقوق وحدها دون الحريات أو الرخص العامة . فقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الحالى يتضمن نصا يمهد للاحكام المتعلقة بالتعسف فى استعمال الحق بالتفرقة بين الحقوق وبين الحريات أو الرخص العامة ، وكان المقصود من ذلك — كما تقول المذكرة الايضاحية(٢) — بيان أن« التعسف يرد على استعمال **الحقوق وحدها** ، أما الرخص فلا حاجة الى فكرة التعسف فى ترتيب مسئولية من يباشرها عن الضرر الذى يلحق الغير من جراء ذلك ... لان أحكام المسئولية المدنية تتكفل بذلك على خير وجه » . ولئن كان هذا النص قد حذف فلم يظهر فى التقنين ، فلا ينتقض ذلك فى دلالته على اتجاه المشرع المصرى ، لان حذفه كان على أساس اعتباره عملا فقهيا أكثر منه تشريعيا .

واذا تحدد ، على هذا النحو ، محل التعسف ونطاق نظريته باستعمال الحقوق دون ممارسة الحريات أو الرخص العامة ، فيكون اذن من باب

---

(١) أنظر سابقا ، ص ٤٢٠ و ٤٢١ .

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ١ ، هامش ص ٢٠١ .

التجوز البحث اجراء نظرية التعسف فى استعمال الحق على حرية التعاقد بوجهيها الايجابى والسلبى ، او حـــرية التجارة ، او حرية الـــرأى ، أو حرية الاجتماع أو غيرذلك من عديد الحريات او الرخص العامة . واذا كان من المسلم ترتيب مسئولية من يرفض التعاقد فى احوال معينة ، أو يقوم بدعاية أو منافسة غير مشروعة ، أو يقود حملة صحفية مغرضة ، فلأن هذه الافعال تتوافر فيها شروط الخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية ولاتعتبر تعسفا فى استعمال حقوق مزعومة لاوجود لها فى المعنى القانونى الدقيق(١).

٣٨٣ — التعسف يـــرد على استعمال كافة الحقوق — رفض فـــكرة الحقوق المطلقة او التقديرية

اذا كان التعسف لا يرد الا على استعمال الحق دون ممارسة الحريات او الرخص العامة على النحو السابق بيانه ، فيبقى التساؤل عما اذا كان التعسف يرد على استعمال كافة الحقوق دون تمييز أم يرد على استعمال بعضها دون البعض الآخر .

ونجد اتجاها قويا فى الفقه الفرنسى خاصة يخرج بعض الحقوق من نطاق تطبيق نظرية التعسف فى استعمال الحق ، ويعتبرها بذلك حقوقا مطلقة يترك استعمالها لمحض تقدير أصحابها دون خضوع هذا الاستعمال — فى دوافعه واغراضه — لرقابة او تعقيب القضاء ، وهو ما يحمى أصحابها من اى حد من هذا الاستعمال ويعصمهم من أية مسؤولية تترتب بسببه ، وهذه هى « الحقوق المجردة أو غير المسببة droits abstraits ou non causés كما يسميها البعض (٢) ، أو « الحقوق التقديرية droits discrétionnaires كما يسميها بعض آخر (٣) . غير أن أنصار هذا الاتجاه لا يتفقون على تبرير واحد لوجود هذه الطائفة من الحقوق المطلقة او التقديرية .

---

(١) Notre thèse précitée, pp. 109, 110.
كتابنا سالف الذكر ، ص ١١٣٩ — ١١٤١ .

(٢) Josserand, op. cit., No. 306

(٣) Rouast, article précité

فبعضهم يرد ذلك الى ما لهذه الحقوق من حدود موضوعية معينة تعيينا دقيقا تغنى عن الحدود الشخصية التى تقيمها نظرية التعسف فى استعمال الحق (١) . غير أن هذا التبرير ليس بالمقنع . اذ لا يتوقف اعمال نظرية التعسف فى الواقع على مدى التحديد الدقيق لمضمون الحق بقدر مايتوقف على فكرة الحق نفسها وارتهانها بغاية معينة ، خاصة وان حدود الحق الموضوعية — مهما بلغت دقة تعيينها — انما ترسم مضمون الحق والتعسف انما يتعلق بغايته . هذا فضلا عن عدم صدق هـذا التبرير فى كل الحالات : فبعض الحقوق ذات الحدود الدقيقة يظل مع ذلك محلا للتعسف ، وبعض الحقوق التى يقال انها مطلقة أو تقديرية تفتقد مثل هذا التحديد الدقيق (٢) .

ويرد بعض آخر من أنصار هذا الاتجاه بقاء بعض الحقوق مطلقة الى أن استعمالها استعمالا تحكميا يكون أمرا ضروريا أمام ما يهيمن على هـذا الاستعمال من دوافع شخصية خالصة تستعصى على تقدير القاضى وتكون من شأن صاحب الحق وحده(٣) .ولكن هذا التبرير بدوره غير مقنع . اذ مادام من شأن اعمال نظرية التعسف فى استعمال الحق اخضاع دوافع استعمال الحقوق لرقابة القضاء وهى بحسب طبيعتها دوافع شخصية ، فلا وجه اذن لحرمانه — بدعوى الصفة الشخصية الخالصة — من رقابة بعض هذه الدوافع دون بعض . فضلا عن أن هذا التبرير يخلق مشكلة اخرى ليس من اليسير حلها ، هى مشكلة تحديد ما يعتبر من الدوافع ذا صفة شخصية خالصة بحيث يترك لمحض تقدير صاحب الحق وما لا يعتبر كذلك فيخضع لرقابة القضاء(٤) ،وبذلك يتعذر الوصول مسبقا — فى ضوء هذا التبرير — الى تحديد ما يعتبر من الحقوق مطلقا أو تقديريا وما يعتبر منها نسبيا يصلح محلا للتعسف .

---

(١) Josserand, op. cit., No. 306, p. 416

(٢) Rouast, article précité, No. 3, pp. 2, 3

(٣) Ripert, op. cit., No. 100

(٤) Notre thèse précitée, p. 123

والواقع أنه اذا كانت ما تزال توجد فى بعض القوانين والشرائع التى تقر الاخذ بمبدأ عدم التعسف فى استعمال الحق حقوق تقديرية أو مطلقة لايخضع استعمالها لرقابة القضاء ، فليس ذلك الا بعض بقايا النزعة الفردية القديمة المتطرفة التى كانت تجعل لصاحب الحق حصانة مطلقة فى استعمال حقه . وقد أكد استبقاء هذه النزعة فى شأن تلك الحقوق ، أن التعسف فى استعمالها لا يمثل بعد فى نظر الجماعات صاحبة هـذه القوانين درجة من الخطورة الكافية تحملها على التصدى لتقويمه (١) . ولذلك كان طبيعيا ألا تتفق هذه القوانين المختلفة على قائمة واحدة لما يعتبر تقديريا مطلقا من الحقوق ، اذ يختلف الامر بحسب نظرة كل جماعة والمثل التى تسيرها والسياسة التشريعية التى تستهدفها ومدى ارتدادها عن النزعة الفردية القـديمة ومدى استشعارها خطر التعسف فى استعمال هـذه الحقوق . وعلى أى حال ، فالمسلم — حتى باعتراف المدافعين عن وجود هذه الحقوق التقديرية — ان هذه الحقوق فى تراجع وعددها فى تناقص(٢) ، ومآلها المحتوم — فيما نرى — هو الانقراض فى القريب مسايرة للتطور المحتوم فى هذه الجماعات .

وأيا كان الامر ، فوجود حقوق مطلقة أو تقديرية مرجعـة اذن ظروف خاصة بكل جماعة ، ولكن ليس فى جوهر هذه الحقوق ما يحتم فى المنطق اطلاق استعمالها لمحض تحكم وتقدير أصحابها(٣) .

وأمام ذلك ، وبالنظر كذلك الى أن المشرع المصرى — فى تقريره نظرية التعسف — انما يتكلم عن « استعمال الحق » بصفة عامة دون تمييز أو تحديد ودون اشارة الى امكان وجود حقوق تقديرية ، نستطيع أن نستخلص أن التعسف فى القانون المصرى يرد على استعمال كافة الحقوق ، وأن هذا

---

(١) Notre thèse précitée, pp. 130, 131

(٢) Rouast, pp. 2, 12, 16.

(٣) راجع فى تفصيل مناقشة ورفض المبررات الخاصة لاطلاق استعمال كل حق من الحقوق التقديرية المزعومة على حدة :
Notre thèse précitée, pp. 131 - 168.
وكتابنا سالف الذكر ، ص ١١٤٨ — ١١٥٨ .

القانون قد تخلص تماما — فى شأن استعمال الحقوق — من كل بقايا النزعة الفردية ، وأنه لا يقر بالتالى وجود حقوق تقديرية يتمتع أصحابها بسلطان مطلق فى استعمالها دون تعقيب أو رقابة عليهم فى ذلك من قبل القضاء (١) . ويؤكد هذا فضلا عن ذلك ان المشرع المصرى حينما أتيحت له فرصة التعرض لبعض هذه الحقوق التقديرية المزعومة أخضعها صراحة لرقابة القضاء لمنع التعسف فى استعمالها ، فهو ينفى الصفة التقديرية المزعومة للحق المعنوى للمؤلف ، بفرض رقابة قضائية مبتداة على استعمال المؤلف سلطته فى تعديل المصنف وسحبه من التداول لضمان عدم التعسف فيه بالتحقق من وجود أسباب خطيرة تبرر هذا الاستعمال (م ٤٢ من قانون حماية حق المؤلف)(٢) .

المبحث الرابع

اثبات التعسف وجزاؤه

٣٨٤ — تحمل مدعى التعسف بعبء اثباته

واضح أن على من يدعى وقوع تعسف من صاحب حق فى استعمال حقه اثبات ما يدعيه طبقا للقواعد العامة فى الاثبات . وعلى هذا النحو ، فالاصل ان صاحب الحق لا يتحمل عبء اثبات مشروعية استعمال حقه(٣) ،

---

(١) أنظر فى هذا المعنى :
كتابنا سالف الذكر ، ص ١١٤٧ وما بعدها . — اسماعيل غانم ، ص ١٦٧ .
ولكن أنظر عكس ذلك .
احمد سلامة ، نظرية الحق فى القانون المدنى ، ١٩٥٩ ، فقرة ٨٢ .

(٢) أنظر سابقا ، ص ٤٧٧ . — وكتابنا سالف الذكر ، ص ١١٥٨ .

(٣) الا أن يصرح المشرع بتحميله بهذا العبء استثناء ، كنصه فى المادة ٧/٧٥ من قانون العمل على تحميل صاحب العمل بعبء اثبات أن فصل العامل لم يكن بسبب نشاطه النقابى (انظر كتابنا سالف الذكر ، هامش «٢» ص ١١٦٠) .

خاصة أن الاستعمال المشروع للحق هو الواجب الافتراض ابتداء الى أن يقوم الدليل على العكس(١) .

ورغم ذلك ، فثم اتجاه يحاول قلب هذا الاصل فى حالة انتهاء عقد العمل غير المحدد المدة بالارادة المنفردة انهاء تعسفيا أو بلا مبرر مشروع ، بتحميل صاحب العمل اذا كان الانهاء من جانبه — وهــذا هو الغالب — اثبــات مشروعية الانهاء ومبرراته ، ويرى فى ذلك خصوصية ملحوظة فى التعسف فى انهاء هذا العقد(٢) . وقد يكون فى هذا الاتجاه نجدة للعامل واقالة له من عبء اثبات عسير . ولكن هذا الاعتبار لا ينهض مبررا كافيا لتجاهل حكم القواعد العــامة فى وجوب تحميل مدعى التعسف ، وهو العامل فى هذا الفرض ، بعبء اثبات تعسف صاحب العمل فى الانهاء او انعدام مبرر هذا الانهاء . وهذا ما يستقر عليه قضاء محكمة النقض الفرنسية بخاصــة(٣) ، وينحاز اليه القضاء المصرى فى مجموعه ويؤيده جمهور الفقه فى مصر(٤) .

٣٨٥ — الجزاء التعويضى والجزاء الوقائى على التعسف

واضح ان الجزاء على التعسف فى استعمال الحق يتمثــل أساسا فى التعويض عن الاضرار المترتبة عليه . وقد ذهب رأى قديم(٥) الى اقتصار هذا التعويض على التعويض النقدى وحده دون التعويض العينى ، بدعوى أن التعويض العينى يفترض عملا مجاوزا حدود الحق بينما التعسف يفترض

---

(١) فى هذا المعنى :
Josserand. op. cit., No. 316

(٢) أنظر بخاصة :
محمد حلمى مراد ، قانون العمل ، الطبعة الثانية ، ١٩٥٤ ، فقرة ٣٧٦. — محمود جمال الدين زكى ، عقد العمل فى القانون المصرى ، ١٩٥٦ ، فقرات ١٤٤ و ١٤٥ و ١٦٣ و ٢١٣ .

(٣) انظر فى الاشارة الى هذا القضاء :
Mazeaud, t. I. p. 544, notes «5» et «6».

(٤) راجع فى الاشارة الى تلك :
كتابنا أصول قانون العمل ، ج ١ ، هامــش «٢» ، ص ٦٤٠ — ٦٤١ ، وهامش «١» ص ٦٤١ .

(٥) Saleilles, Etudes sur la théorie générale de l'obligation, p. 373 en note.

عملا داخل حدود الحق ومضمونه . ولكن هذا الراى لم يلق تأييدا من الفقه أو القضاء ، فاستقر الراى على هجره ، وعلى القول بأن جزاء التعسف التعويضى قد يكون نقديا وقد يكون عينيا حسب الاحوال(١) .

واذا كان هذا الجزاء التعويضى بصورتيه يرد على التعسف ، فليس هو بجزائه الوحيد . بـــل ثم جزاء آخر فعال يمكن أن يرد عليه ، بـــل ويعتبر خصوصية من خصوصيات التعسف ، هو ذلك الجزاء الوقائى الذى سبقت الاشارة اليه والذى يمنع ابتداء الاستعمال التعسفى للحق ، ويحول بالتالى دون وقوع الضرر أصلا(٢) .

« تم بحمـــد الله »

---

(١) انظر بخاصة :

Demogue, op. cit., t. IV, No. 690. — Josserand, op. cit. Nos, 324, 327. — Notre thèse précitée, pp. 206, 207. — El-Kholy, La réparation en nature en droit français et en droit égyptien, thèse Paris, 1954 (imp. 1957), No. 239.

انور سلطان ، المقالة السابقة ، ص ١٣٤ و ١٣٥ . — عبد الرزاق السنهورى ، ج ١ ، هامش ص ٨٥١ .

(٢) فى هذا المعنى :

Ripert, La règle morale, No. 94. — Dabin, op. cit. p. 303 — Notre thèse précitée, pp. 236 et s.

عبد الرزاق السنهورى ، الموضع السابق . — اسماعيل غانم ، ص ١٦٥ .

ولكن أنظر عكس ذلك :

El Kholy, thèse précitée, Nos. 5 et s. No. 239.

الفهـــرس

باب تمهيـــدى

فى القانون بوجه عام

الفقرة | الصفحة

القسم الأول

النظرية العــامة للقاعدة القانونية

الفــرع الأول

تكوين القاعدة القانونية

الفقرة | الصفحة

الفـرع الثـانى

تطبيق القاعدة القانونية

الفقرة | الصفحة

البــاب الأول

مدى سريان القاعدة القانونية

الفقرة | الصفحة

الفقرة الصفحة

الفقرة الصفحة

الفقرة الصفحة

الفقرة الصفحة

البـاب الأول

صـاحب الحـق

الفقرة | الصفحة

الفقرة الصفحة

المبحث الأول — النظرية العامة للشخصية الاعتبارية

الفقرة الصفحة

المطلب الخامس ـ نشاط الشخصية الاعتبارية

الفقرة | الصفحة

البـاب الثـالث

مصـادر الحق

الفقرة | الصفحة

الباب الرابع
استعمال الحق

الفقرة | الصفحة

تصويب اهم الأخطــــاء

الصفحة	السطر	الخطـأ	الصـــواب
٢٥	١	القبلية	القبيلة
٢٦	٧	به انه	بل انه
٢٧	١٩	تتحد	تتحدد
٢٨	٢	ما يمز	ما يميز
٢٩	١٤	مالك الجار	ملك الجار
٣٥	١٨	مارسة	ممارسة
٣٦	١	عليمها	عليهما
٣٧	١	يكلفه	يكفله
٣٨	١٣	لا تتم الا	لا تتم
٤٧	٢٣	التزويج	التزوج
٤٩	٧	الحد الانى	الحد الادنى
٥٦	٩	بصفهتا	بصفتها
٦٦	١٨	دخلا	داخلا
٦٨	٨	ان اجرائى	أو اجرائى
٧٢	١١	أيد	يد
٩٠	١٢	حبرا	جبرا
١٠٤	٢٠	القانون	القانون الطبيعى
١٠٥	١٠	وضعية	الوضعية
١٠٥	١٣	فاقلانون	فالقانون
١١٢	١	هو فى	هو
١١٤	٦	يبين	بين
١٢٢	٢٣	يجدها	يحدها
١٢٣	١٤	تفرقة	تفرقه
١٢٤	٢١	جهدا	جهد
١٤٠	١٣	الواقعية أو الطبيعية	الحقائق الواقعية أو الطبيعية
١٥٤	١٤	حســد	حد
١٥٦	٥	بحث	بحت
١٧٠	٢٤	أعضاءها	باعتبارهم أعضاءها
١٧٧	٢٠	وان يكون	وان يكن
١٨٠	٧	العدل	العدالة
٢١٣	٤	Precedent	(٢)Precedent
٣٠٣	٨	سكوتها	سكوتهما
٣٠٦	٥	غلطة	غلطه

تصويب أهم الأخطـــاء

الصفحة	السطر	الخطـأ	الصـواب
٣٧٢	٢٥	فيما بعد	فيها بعد
٣٩٤	١٤	الموضعى	الوضعى
٤٠٩	١	منها	عنها
٤٣٥	١	عن غناء	عن عناء
٤٥٨	٢٢	التزاحم	هذا التزاحم
٤٦٩	١٤	التأييد	التأبيد
٤٧٠	١	مجموعة	مجموعه
٤٧٣	٥	وهجم	وتهجم
٤٧٧	٦(هامش)	المادة	المدة
٤٩٣	٥	تكن	تكون
٤٩٣	٧	هى	— وهى
٤٩٦	٦	متميز من	ميز له من
٥٠١	٢٢	هذا فى	فى
٥٠٩	٢(هامش)	نابتا	ثابتا
٥٤٥	١٧	كنت	كانت
٥٥٧	١٧	كألـ لم	كأن لم
٥٦٣	١٠	الحجز	الحجر
٥٧٨	٣	الفرع	الفصل
٥٨١	١٣	يختمها	يحتمها
٥٨٢	٩	شصية	شخصية
٦٠٠	١٥	الحقق	الحقوق
٦٣١	٧	عامة ولا	[illegible]ة وما
٦٣١	الاخير(هامش)	٢٦٧ — ٢٦٩	— ٢٩٩
٦٣٧	قبل الاخير	التأييد	تأبيد
٦٥٧	١٩	الجهة	لجهة
٦٦١	٨	الاستعال	الاستعمال

اســـــتدراك

سقطت بعض السطور أثناء الطبع ، ننبه الى مواضع اضافتها فيما يلى :

— يوضع بعد السطر السادس من ص ٣١٩ السطر التالى :

«الأحكام الخاصة السابقة قائمة باعتبارها استثناء من الاحكام العامة اللاحقة»

— يوضع بعد السطر السادس عشر من ص ٤٣٠ السطر التالى :

«والسمعة والمعتقدات والأفكار والمشاعر . فهذه المقومات عناصر أساسية»

مطابع مؤسسة الأهرام